Die Befugnis der Eltern, Dritte vom Umgang mit ihren Kindern auszuschließen

Klaus Hoffmann

1972

Die Befugnis der Eltern, Dritte vom Umgang mit ihren Kindern auszuschließen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwigs-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Klaus Hoffmann

1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof. Dr. jur. Claus-Wilhelm Canaris
Korreferent: Prof. Dr. jur. Dieter Nörr
Tag der mündlichen Prüfung: 1o. Juli 1972

DISSERTATIONS – und FOTODRUCK FRANK oHG
8000 München 2 · Gabelsbergerstr. 15 · Tel.: 2 80 90 90

Inhalt

	Seite
Gliederung	I
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XI

Gliederung

§ 1	Ausgangspunkt	1
§ 2	Gewohnheitsrecht	2
	1. Kapitel: Die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechtes	2
	2. Kapitel: Entwicklung und Stand der Meinungen in Rspr. und Lit.	3
	I. Die h.M.: Die elterliche Gewalt ist ein absolutes Recht	3
	II. Der Stand der Rspr.	4
	III. Der Stand der Lehre	6
	3. Kapitel: Folgerungen	9
	I. Die Bildung von Gewohnheitsrecht bis 1956	9
	II. Die Bedeutung des Wegfalls der Unangefochtenheit	10
	III. Gilt das, was unangefochten ist, als Gewohnheitsrecht?	12
§ 3	Die Forderung nach Familienschutz als Verfassungsprinzip	15
	1. Kapitel: Die Drittwirkung der Grundrechte	16

Seite

2. Kapitel: Die Verfassungsprinzipien als Rechtsquellen 19

3. Kapitel: Die Konkretisierung der Prinzipien 20

I. Die Bedeutung der Privatrechtsordnung für die Konkretisierung 21

II. Kriterien der Konkretisierung 23

§ 4 Die Konkretisierung des in Art.6 GG enthaltenen Prinzips 27

1. Kapitel: Die für das Privatrecht maßgebliche Aussage des Art.6 I und II GG 27

I. Der Schutz der Elterninteressen durch Art.6 II GG 28

A. Art.6 II GG als Grundrecht 28

B. Schutz der Kindes- und Elterninteressen durch Art.6 II GG 29

1. Das Wohl des Kindes als alleiniger Maßstab elterlichen Handelns 30

2. Der Bereich schützbarer Interessen der Eltern 33

a) Die rechtliche Verpflichtung der Eltern, die Kindesinteressen wahrzunehmen 33

b) Der Begriff des Interesses 36

c) Die objektiven Interessen des Kindes 37

d) Der den Eltern verbleibende Entscheidungsspielraum 39

e) Das Interesse der Eltern, selbst die Entscheidungen für das Kind zu treffen 41

Seite

II. Der Schutz elterlicher Interessen im Privatrechtsbereich als prinzipielle Forderung 43

III. Der Umfang des privatrechtlichen Schutzes der Eltern 46

IV. Das Verhältnis von Elternrecht und Freiheitsrechten Dritter 47

2. Kapitel: Die vorbeugende Unterlassungsklage als Mittel zum Schutz der Elterninteressen 49

I. Die vorbeugende Unterlassungsklage 52

II. Die einzelnen Fallgruppen des § 823 BGB 54

3. Kapitel: Ist die elterliche Gewalt ein sonstiges Recht i.e.S.? 58

I. Die Gleichbehandlung von subjektiven Rechten und elterlicher Gewalt 58

A. Nur subjektive Rechte sind sonstige Rechte i.S.d. § 823 I BGB 58

B. Der Begriff des subjektiven Rechtes 59

1. Das subjektive Recht als Willensmacht 60

2. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis 62

3. Das subjektive Recht als Zuordnung 65

C. Folgerungen für die elterliche Gewalt 68

II. Die Absolutheit subjektiver Rechte 69

III. Die Möglichkeit einer Absolutheit der elterlichen Gewalt 76

A. Auch relative Rechte können Absolutheit haben 77

B. Folgerungen 80

		Seite
IV.	Inhalt und Umfang der möglichen Absolutheit der elterlichen Gewalt	81
	A. Die Arten der Absolutheit	81
	B. Die Zuständigkeiten der Eltern	86
	C. Die Absolutheit der elterlichen Zuständigkeiten	90
	1. Die Absolutheit der Zuständigkeit zur Erziehung	91
	2. Die Absolutheit der Zuständigkeiten im verbleibenden Bereich	94
	D. Die störende Veränderung der tatsächlichen Lage des körperlichen Rechtsobjektes	96
V.	Die Offenkundigkeit	97
	A. Die Notwendigkeit einer Offenkundigkeit	97
	B. Der Umfang der Offenkundigkeit	99
	1. Die Abhängigkeit der Normgeltung von der Einsichtsfähigkeit des jeweiligen Normadressaten	100
	2. Die Abhängigkeit der Normgeltung von der Einsichtsfähigkeit des Durchschnittsrechtsgenossen	102
	3. Die Einsichtsfähigkeit des Durchschnittsrechtsgenossen im Normalfall als Maßstab der Normgestaltung	103
	C. Die Folgen der Notwendigkeit einer Offenkundigkeit	105
VI.	Die Auswirkungen der neueren Rechtswidrigkeitslehre	106
VII.	Ablehnung der neueren Rechtswidrigkeitslehre	107
	A. Die Ableitung aus dem finalen Handlungsbegriff und Kritik	108

Seite

B. Die Ableitung aus der Imperativentheorie und Kritik 111

1. Die Ableitung aus der Imperativentheorie ist konsequent 111

2. Die Ablehnung der Imperativentheorie 113

C. Kein Anknüpfen an die Finalität im Ausnahmefall 119

1. Die Ansicht von Stoll zur elterlichen Gewalt 119

2. Kein Anknüpfen an die Finalität bei Forderungen 120

3. Kein Anknüpfen an die Finalität bei § 826 BGB 121

4. Kein Anknüpfen an die Finalität bei Verhaltensnormen 122

VIII. Ergebnis 123

4. Kapitel: Die elterliche Gewalt als Rahmenrecht - Schaffung von Verhaltensnormen 124

5. Kapitel: Rechtsfortbildung 125

I. Die Feststellung einer Lücke und ihrer Ausfüllbarkeit 125

II. Die Ausfüllung der Lücke: Die elterliche Gewalt als Ausschließungsrecht 129

III. Die dogmatische Erfassung des Ausschließungsrechts 132

IV. Die Rechte des einzelnen Elternteils 140

V. Ergebnis 141

§ 5 Umfang und Grenzen des Ausschließungsrechtes 142

1. Kapitel: Die rein privatrechtliche Argumentation 142

I. Die Problemstellung 142

		Seite
II.	Das objektive Interesse an personaler Handlungsfreiheit	144
	A. Die Gewährung personaler Handlungsfreiheit nach Lage des Einzelfalls	144
	1. Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis	145
	2. Die Beachtung der Reife des Kindes im Innenverhältnis	146
	3. Die Auswirkungen auf das Außenverhältnis	149
	4. Ergebnis	154
	B. Altersgrenzen für die Gewährung personaler Handlungsfreiheit über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus	154
	1. Die Einzelaspekte der Selbstbestimmungsfähigkeit	155
	2. Analogie zu § 1 und § 3 EheG	157
	3. Analogie zu § 107 BGB	158
	4. Analogie zu § 5 RKEG	158
	5. Analogie zu Art.38 II GG	162
	6. Analogie zu § 3 und § 105 JGG	164
	7. Ergebnis	166
III.	Das objektive Interesse des konkret unmündigen Kindes	167
	A. Das objektive Interesse an funktionaler Handlungsfreiheit	168
	B. Generelle Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit ab dem 18. Lebensjahr	170
	C. Die Auswirkungen auf das Ausschließungsrecht der Eltern	173
2. Kapitel:	Die öffentlich-rechtliche Argumentation	176

Seite

§ 6 Der Schutz der Kindesinteressen 179

1. Kapitel: Keine Absolutheit des Kindesrechts auf Erziehung 179

2. Kapitel: Das Persönlichkeitsrecht des Kindes 182

I. Der Schutz der psychischen Entwicklung des Kindes als prinzipielle Forderung 182

II. Die Ableitung einer Privatrechtsnorm aus dem gefundenen Prinzip 185

A. Der privatrechtlich relevante Inhalt des Prinzips 185

B. Die Feststellung einer Lücke 186

C. Die Ausfüllung der Lücke 187

1. Die Ergänzung des § 823 I BGB als solche 188

2. Das Interesse Dritter an Offenkundigkeit 190

3. Ergebnis 193

§ 7 Zusammenfassung 196

Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
a.A.	andere Ansicht oder am Anfang
abs.	absolut
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH(Z)(St)	Bundesgerichtshof (Zivilsachen)(Strafsachen)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EheG	Ehegesetz
f. (ff.)	folgende (fortfolgende)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
h.M. (h.L.)	herrschende Meinung (Lehre)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung

i.e.S.	im engeren Sinn
insbes.	insbesondere
i.S.(d.)	im Sinne (der,des)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JuS	Juristische Schulung
JuSchuG	Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht (Berlin)
l.	links, linke
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o.	oben
obj.	objektiv
OLG	Oberlandesgericht oder Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Entscheidungssammlung)
r.	rechts, rechte
RdA	Recht der Arbeit
RdJ	Recht der Jugend
rel.	relativ
RG	Reichsgericht (Zivilsachen)
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte

str.	strittig
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
subj.	subjektiv
u.	unten
u.a.	und anderes
u.ä.	und ähnliches
ü.M.	überwiegende Meinung
vgl.	vergleiche
Warn.	Warneyers Jahrbuch (Ergänzungsband) bzw. ab 1920 Warneyers Rspr. des RG
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919 (Weimarer Verfassung)
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Literaturverzeichnis

Bücher und Festschriftbeiträge werden nur mit dem Namen des Verfassers zitiert, wenn das Verzeichnis keine besondere Zitierweise angibt.

Adomeit, Klaus	Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem. Berlin 1969
Anders, J.	Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt, FamRZ 60/475 ff.
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bielefeld 1968
Baur, Fritz	Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961)/465 ff.
Becker, Hans-Joachim	Das Elternrecht im Spiegel der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rspr., FamRZ 61/104 ff.
Beitzke, Günther	Familienrecht. 14.Aufl. München 1968
Beling, Ernst	Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906
Berber, Friedrich	Lehrbuch des Völkerrechts. Bd.I: Allgemeines Friedensrecht. München und Berlin 1964
Binder, Hans	Die Urteilsfähigkeit in psychologischer, psychiatrischer und juristischer Sicht. Zürich 1964
Boehmer, Gustav	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. 1. Buch: Das Bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung. Tübingen 1950 (zit.: Grundlagen)
	Einführung in das Bürgerliche Recht. 2.Aufl. Tübingen 1965 (zit.: Einführung)
de Boor, Hans-Otto	Gerichtsschutz und Rechtssystem. Leipzig 1941

Bosch, Friedrich-Wilhelm	Grundsatzfragen des Beweisrechts. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre. Bielefeld 1963 Urteilsanmerkung in FamRZ 58/140
Bötticher, Eduard	Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, in Festschrift für Hans Dölle, Bd.I S.41 ff. Tübingen 1963 (zit.: Festschr.f.Dölle)
	Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht. Berlin 1964 (zit.: Gestaltungsrecht)
Bruns, Rudolf	"Funktionaler" und "instrumentaler" Gehalt der Gestaltungsrechte, ZZP 78(1965)/264 ff.
Bucher, Eugen	Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tübingen 1965
Bydlinski, Franz	Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht. Stuttgart 1964
	Bemerkungen über Grundrechte und Privatrechte, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht XII (1962/1963) S.423 ff.
v.Caemmerer, Ernst	Gesammelte Schriften, Bd.I Tübingen 1968
	Wandlungen des Deliktsrechts, ebenda S.452 ff. (zit.: Wandlungen)
	Die absoluten Rechte in § 823 Abs.1 BGB ebenda S.554 ff. (zit.: Die abs.Rechte)
	Bereicherung und unerlaubte Handlung, ebenda S.209 ff. (zit.: Bereicherung)
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin 1964 (zit.: Lückenfeststellung)
	Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. Berlin 1969 (zit.: Systemdenken)
Dallinger-Lackner	Jugendgerichtsgesetz, 2.Aufl. München und Berlin 1965

Däubler, Wolfgang	Besprechung von Löwisch, Deliktsschutz relativer Rechte, FamRZ 70/615 f.
Deutsch, Erwin	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Köln, Berlin, Bonn, München 1963
	Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, JZ 63/385 ff.
Diederichsen, Uwe	Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen. Köln 1965
Dölle, Hans	Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen. Karlsruhe, Bd.I 1964, Bd.II 1965 (zit.: Dölle I und II)
Dürig, Günter	Grundrechte und Zivilrechtssprechung, in Festschrift für Hans Nawiasky, S.157 ff. München 1956 s.a. Maunz-Dürig-Herzog
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken. 4.Aufl. Stuttgart 1968
Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15.Aufl. Tübingen Bd.1 1959, Bd.2 1960 (zit.: Enn.-Nipperdey)
Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse. 15.Aufl. Tübingen 1958 (zit.: Enn.-Lehmann)
Erman u.a.	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4.Aufl. Münster 1967 (zit.: Erman- und jeweiliger Bearbeiter)
Esser, Josef	Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Wien 1949 (zit.: Einführung)
	Schuldrecht. Karlsruhe, Bd.I 4.Aufl. 1970, Bd.II 3.Aufl. 1969 (zit.: Esser I und II)
Fabricius, Fritz	Relativität der Rechtsfähigkeit. München, Berlin 1963

Fabricius, Fritz	Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 I BGB, AcP 160(1960)/273 ff.
	Zur Theorie des stückelosen Effektengiroverkehrs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht, AcP 162(1963)/456
Feuchte, Paul	Wer entscheidet über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht? DÖV 65/661 ff.
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht. 2.Aufl. Berlin 1969
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd.: Das Rechtsgeschäft. Berlin, Heidelberg 1965
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1.Band: Allgemeiner Teil. 9.Aufl. München und Berlin 1966
Gebauer, Gerhard	Die Lehre von der Teilgeschäftsfähigkeit und ihre Folgen, AcP 153(1954)/332 ff.
Geilen, Gerd	Beschränkte Deliktsfähigkeit, Verschulden und Billigkeitshaftung (§ 829 BGB), FamRZ 65/401 ff.
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts. München, Berlin 1964
	Elterliche Gewalt heute. Eine grundsätzliche Betrachtung, FamRZ 62/89 ff.
Gmur, Rudolf	Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Bern 1965
Göldner, Detlef-Christoph	Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Berlin 1969
Göppinger, Horst	Probleme des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Köln 1967
Grethlein, Gerhard - Brunner, Rudolf	Jugendgerichtsgesetz. 3.Aufl. Berlin 1969
Grethlein, Gerhard	Urteilsanmerkung, NJW 59/542

Grossen, Jacques-Michel	Schweizerisches Privatrecht, herausgeg. von Gutzwiller, Hinderling u.a., Bd.II Basel, Stuttgart 1969
Habscheid, Walther	Zur Problematik des gesetzlichen Vertreters, FamRZ 57/109 ff.
Hamann, Andreas - Lenz, Helmut	Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. 3.Aufl. Neuwied, Berlin 1970
Hamel, Walter	Glaubens- und Gewissensfreiheit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.IV 1 S.37 ff. Berlin 1960
Hampel, Herbert	Rechtliche Probleme der Heim- und Anstaltsunterbringung Minderjähriger in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamRZ 63/537 ff.
Harbeck, Wolfdieter	Das Gewohnheitsrecht in der deutschen Theorie und Praxis, in Hamburger öffentlich-rechtliche Nebenstunden, Bd.1 S.108 ff. Hamburg 1967
Hegnauer, Cyril	in Berner Kommentar II 2.Abteilung, 2.Teilband, 3.Aufl. Bern 1964
Hofmann, Werner	Die religiöse Kindererziehung in verfassungsrechtlicher Sicht, FamRZ 65/61
Hölder, Eduard	Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905
Horstmann, Martin	Zum Problem der persönlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis. Der Zusammenhang zwischen der Institution der Familie und der elterlichen Gewalt. Bielefeld 1967
Hubmann, Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht. 2.Aufl. Köln 1967
Jagusch, Heinrich	in Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd.I. 8.Aufl. Berlin 1967 (zit.: Jagusch LK)
Jayme, Erik	Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen. Mainzer Habilitationsschrift 1969 (maschinengeschrieben)

Jescheck, Hans-Heinrich	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Berlin 1969
Kasper, Franz	Das subjektive Recht. Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit. Karlsruhe 1967
Kipp, Theodor - Wolff, Martin	Familienrecht. 7.Aufl. Tübingen 1931
Kipp, Theodor	Die religiöse Kindererziehung nach Reichsrecht, in Festschrift für Wilhelm Kahl. Tübingen 1923
Klein, Franz	Stellungnahme des Deutschen Caritasverband zur Neuregelung der elterlichen Gewalt, FamRZ 70/517 ff.
Koziol, Helmut	Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte. Wien, New York 1967
Krüger, Hildegard - Breetzke, Ernst - Nowack, Kuno	Gleichberechtigungsgesetz. München, Berlin 1958 (Der jeweilige Bearbeiter wird durch Unterstreichung hervorgehoben)
Krüger, Hildegard	Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 56/329 ff.
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2.Aufl. Berlin,Heidelberg 1969 (zit.: Methodenlehre)
	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München 1967 (zit.: Larenz AT)
	Lehrbuch des Schuldrechts. München, Berlin, Bd.I, Allgemeiner Teil, 10.Aufl. 1970, Bd.II, Besonderer Teil, 9.Aufl. 1967 (zit.: Larenz I und II)
	Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in Festschrift für Hans Dölle, Bd.I S.169 ff. Tübingen 1963 (zit.: Festschr.f.Dölle)
	Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, in Festschrift für Karl Engisch S.150 ff. Frankfurt 1969 (zit.: Festschr.f.Engisch)
Lehmann, Heinrich - Henrich, Dieter	Familienrecht. 4.Aufl. Berlin 1967

Lehmann, Heinrich - Hübner, Heinz	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 15.Aufl. Berlin 1966
Leisner, Walter	Grundrechte und Privatrecht. München 1960
Lenckner, Theodor	Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzliche Vertreter, ZStrW 72(1960)/462 ff.
Löbl, Rudolf	Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen, AcP 129(1928)/257 ff.
Lorenz, Werner	Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, in Festschrift für Hermann Nottarp S.59 ff. Karlsruhe 1961
Löwisch, Manfred	Der Deliktsschutz relativer Rechte. Berlin 1970
	Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, AcP 165(1965)/421 ff.
Luther, Gerhard	Ehemündigkeit, Volljährigkeit, Strafmündigkeit. Berlin 1961
v.Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz. 2.Aufl. Bd.I, Berlin, Frankfurt 1957
Maunz, Theodor - Dürig, Günther - Herzog, Roman	Grundgesetz. München, Stand Sept. 1970 (Der jeweilige Bearbeiter wird durch Unterstreichung hervorgehoben)
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht. 17.Aufl. München 1969
Maurach, Reinhardt	Deutsches Strafrecht, Bd.I Allgemeiner Teil. 3.Aufl. Karlsruhe 1965
Mayer, Helmuth	Elternrecht, Schule und Kirche, DVBl 55/582 ff.
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 58/521 ff.
Mezger, Edmund - Blei, Hermann	Strafrecht, Bd.I Allgemeiner Teil. 14.Aufl. München 1970
Mitscherlich, Alexander	Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft. München 1967

Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd.II Schuldrecht. Berlin 1899
Mühl, Otto	Die Lehre vom Gutachten und Urteil, JuS 1963 und 1964 (Fortsetzungsreihe)
Müller, Gerhard	Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 64/121 ff.
Müller-Freienfels, Wolfram	Ehe und Recht. Tübingen 1962 (zit.: Ehe)
	Vertretung beim Rechtsgeschäft. Tübingen 1955 (zit.: Vertretung)
Münzberg, Wolfgang	Verhalten und Erfolg als Grundlagen von Rechtswidrigkeit und Haftung. Frankfurt 1966
Nagler, Johannes	Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in Festschrift für Karl Binding. Bd.2 S.273 ff. Leipzig 1911
Nawiasky, Hans	Forderungs- und Gewaltverhältnis. Ein Beitrag zum allgemeinen Teil des privaten und öffentlichen Rechts, in Festschrift für Ernst Zitelmann. München, Berlin 1913
Niese, Werner	Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Tübingen 1951
	Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, JZ 56/457 ff.
Nipperdey, Hans Carl	Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd.IV 2, S.741 ff. Berlin 1962 (zit.: Freie Entfaltung)
	Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.II, S.1 ff. Berlin 1954 (zit.: Menschenwürde)
	Grundrechte und Privatrecht, in Festschrift für Erich Molitor, S.17 ff. München, Berlin 1962 (zit.: Festschrift)
	Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 58/445 ff. s.a. Enneccerus-Nipperdey
Nowakowsky, Friedrich	Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 58/335 und 388

Oertmann, Paul	Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123(1925)/129 ff.
Palandt u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. 30.Aufl. München, Berlin 1971 (zit.: Palandt- mit jeweiligem Bearbeiter)
Peters, Hans	Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. IV 1, S.369 ff. Berlin 1960
Raiser, Ludwig	Grundgesetz und Privatrechtsordnung. München, Berlin 1967 (zit.: Grundgesetz)
	Rechtsschutz und Institutionenschutz, in Summum ius summa iniuria, S.145 ff. Tübingen 1963 (zit.: Institutionenschutz)
	Der Stand der Lehre vom subjektiven Privatrecht, JZ 61/465 ff.
	Der Gleichheitssatz im Privatrecht, ZHR 111(1948)/75 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch. 11.Aufl. Berlin II.Band 2.Teil (§§ 705-853) 1960 IV.Band 2.Teil (§ 1589-§ 1921) 1964 (zit.: RGRK- mit jeweiligem Bearbeiter)
Reinhardt, Rudolf	Das subjektive Recht in § 823 I BGB, in Karlsruher Forum 1961/1 ff.
Reinicke, Dietrich	Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 64/421 ff.
Reinicke, G. und D.	Zum Vertrauensschutz auf die st.Rspr. MDR 56/324 ff.
Remplein, Heinz	Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter. 10.Aufl. München-Basel 1962
Reuter, Dieter	Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt. Berlin 1968
	Grundrechtsmündigkeit - Problem oder Scheinproblem? FamRZ 69/622 ff.
Rosenberg, Leo	Die Beweislast. 5.Aufl. München, Berlin 1965

Rümelin, Max	Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung. Tübingen 1929
Scheffler, Erna	Ehe und Familie, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.IV 1, S.245 ff. Berlin 1960
Schmidhäuser, Eberhard	Strafrecht, Allgemeiner Teil. Tübingen 1970
Scholler, Heinrich	Die Freiheit des Gewissens. Berlin 1968
Schönke, Adolf - Schröder, Horst	Strafgesetzbuch, Kommentar. 15.Aufl. München 1970
Schüler-Springorum, Horst	Die Bedeutung des Art.104 GG für die freiwillige Erziehungshilfe, FamRZ 61/296 f.
Soergel-Siebert u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz Bd.1 Allgemeiner Teil, 10.Aufl. 1967 Bd.3 Schuldrecht II, 10.Aufl. 1969 Bd.IV Familienrecht, 9.Aufl. 1963
Söllner, Alfred	Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis. Wiesbaden 1966
Staudinger u.a.	Kommentar zum BGB, 10./11.Aufl.Berlin Bd.I Allgemeiner Teil 1957 Bd.III Sachenrecht 1.Teil (§ 854 - § 1017) 1956 Bd.IV Familienrecht Teil 3a (§ 1589 - § 1698b) 1966
Stoll, Hans	Unrechtstypen bei der Verletzung absoluter Rechte, AcP 162(1963)/203 ff.
Thiele, Wolfgang	Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft. Köln, Berlin 1966
Waibel, Erich	Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht. Berlin 1970
Weimar, Robert	Zur Problematik der Schadensersatzpflicht bei Verletzung der elterlichen Gewalt, MDR 62/7 ff.
	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Entscheidungsrezension, JuS 62/133 ff.

Weimar, Wilhelm	Die Durchsetzung von Anordnungen kraft elterlicher Gewalt, MDR 64/21 f.
Weitnauer, H.	Zum Schutz der absoluten Rechte. Karlsruher Forum 61/28 ff.
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht. 11.Aufl. Berlin 1969 (zit.: Strafrecht)
	Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte. Karlsruhe 1961 (zit.: Fahrlässigkeit)
	Das neue Bild des Strafrechtssystems. 4.Aufl. Göttingen 1961 (zit.: Neues Bild)
Westermann, Harry	Sachenrecht. 5.Aufl. Karlsruhe 1966 (zit.: Sachenrecht)
	Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht. Köln, Opladen 1957 (zit.: Person)
Wiethölter, Rudolf	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht. Karlsruhe 1960
Wintrich, J.M.	Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl 57/137 ff.
Wolf, Ernst	Der Begriff Familienrecht, FamRZ 68/493 ff.
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht, Bd.I. 7.Aufl. München 1968
Zeuner, Albrecht	Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, in Festschrift für Hans Dölle, Bd.I S.295 ff. Tübingen 1963
	Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 61/41 ff.
Zitelmann, Ernst	Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99(1906)/1 ff.

§ 1 Ausgangspunkt

Das geschriebene Recht enthält keine ausdrückliche Norm, aus der sich ergibt, daß Personen vom Umgang mit Minderjährigen in einem bestimmten Umfang oder von sonstigen Maßnahmen ihnen gegenüber ausgeschlossen sind oder von den Eltern ausgeschlossen werden können. Sieht man einmal von § 1632 BGB ab, so regelt das BGB nur das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern (§§ 1626 ff.): über Dritte wird keine Aussage gemacht. Andere Gesetze behandeln die Möglichkeit staatlicher Erziehungshilfe (JWG) oder bestimmen, wie gefährdende Einflüsse der Umwelt von dem noch unreifen Kind ferngehalten werden können (JuSchG; GjS): vom Umgang von Einzelpersonen mit dem Kind ist nirgends die Rede.

Dennoch ist es in Literatur und Rechtsprechung nie zweifelhaft gewesen, daß die Eltern eine rechtliche Möglichkeit haben, gegen eine bestimmte Art des Umgangs Dritter mit dem Kind oder andere Maßnahmen diesen gegenüber vorzugehen, mögen auch Begründung und Umfang dieser Möglichkeit im einzelnen bestritten sein.[1)] Im folgenden soll untersucht werden, woher die Eltern eine Befugnis herleiten können, gegen Dritte vorzugehen, und welchen Inhalt eine solche Rechtsstellung im einzelnen hat. Begonnen werden soll dabei mit der Frage, wieweit sich zu diesem Problem bereits ein Gewohnheitsrecht gebildet hat. Denn wenn ein solches gefunden wird, muß nur noch seine rein dogmatische Erfassung geklärt werden, es kommt nicht mehr darauf an, ob unter Rückgriff auf die in der Rechtsordnung enthaltenen Wertungen die elterliche Gewalt z.B. als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB angesehen werden kann oder ob das Recht etwa praeter legem weiterzubilden ist.

---

1) Nachweise s.u. FN 7.

§ 2 Gewohnheitsrecht

1. Kapitel: Die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts

Der Geltungsgrund und die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts sind bestritten.[1] Eine Klärung im einzelnen ist hier weder möglich noch nötig. Die h.M. geht jedenfalls davon aus, daß zur Begründung von Gewohnheitsrecht eine allgemeine Überzeugung, Recht zu verwirklichen, oder auch der Wille, Recht zu setzen, erforderlich ist.[2] Wie die Überzeugung bzw. der Wille im einzelnen gestaltet sein muß und bei wem diese subjektiven Momente jeweils vorliegen müssen[3], braucht hier nicht näher erörtert zu werden, da sich diese Fragen als nicht erheblich herausstellen werden. Bedeutsam erscheint allein, daß von einer allgemeinen Überzeugung bzw. einem allgemeinen Willen jedenfalls nur dann gesprochen werden kann, wenn sich kein ernsthafter Widerspruch dagegen anmeldet.[4] Einer Klärung bedarf schließlich auch nicht die Frage, ob eine Übung Geltungsvoraussetzung des Gewohnheitsrechts ist oder nur Indiz für die Entstehung[5], schon weil sich nicht in einer Übung manifestierendes Gewohnheitsrecht praktisch wohl kaum vorkommt.[6] Eine wesentliche, häufig die einzige Erkenntnisquelle, aus der heraus die Frage nach der Bildung eines Gewohnheitsrechts beantwortet werden kann, ist die Entwicklung, welche eine Problembehandlung in Rspr. und Lit. erfahren hat.

---

1) Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei Harbeck, S.108 ff.

2) Vgl. Harbeck, S.111 ff., zur Rspr. S.115 ff.; Enneccerus-Nipperdey, S.263 f. Zur Gegenüberstellung der Willens- und Überzeugungstheorie und zur Frage, ob beide wirklich ausschließende Gegensätze darstellen, vgl. ebenfalls Harbeck aaO; Enn.-Nipperdey aaO (Nipperdey spricht von "Rechtsgeltungswillen", ebenso Larenz, Methodenlehre, S.338) und bereits Rümelin, S.38 ff. Die strenge Willenstheorie, wonach eine Rechtserzeugungsabsicht nötig ist, dürfte schon daran scheitern, daß eine solche Absicht tatsächlich kaum vorliegen wird (Enn.-Nipperdey,S.264 bei FN 10)

3) Vgl. Harbeck aaO; Larenz, Methodenlehre, S.338 f.

4) Vgl. Larenz aaO, S.339 bei und mit FN 1. Dies folgt unmittelbar aus dem Erfordernis der Allgemeinheit der Überzeugung bzw. des Willens.

2. Kapitel: Entwicklung und Stand der Meinungen in Rspr. und Lit.

I. Die h.M.: Die elterliche Gewalt ist ein absolutes Recht.

Die durchaus h.M. nimmt an, daß die elterliche Gewalt ein absolutes Recht sei.[7] Eine gegenteilige Ansicht wird lediglich von E. Wolf[8] vertreten. Wenn die elterliche Gewalt ein absolutes Recht ist, so müssen die Eltern Rechtsschutz genießen gegen Beeinträchtigungen ihres Rechts durch Dritte, denn in der Wirkung gegenüber Dritten zeigt sich gerade die Absolutheit eines Rechts.[9] Doch fragt es sich, ob die Aussage, die elterliche Gewalt sei ein absolutes Recht, überhaupt Gewohnheitsrechtscharakter annehmen kann. Gewohnheitsrecht können nur die Rechtsaussagen selbst werden, also alles, was auch im Gesetz stehen kann. Das sind aber nur die "Geltungsanordnungen"[10], nicht die dogmatischen Einordnungen. In welcher Weise die Rechtslehre die durch die Rechts-

---

5) Vgl. Harbeck, S.113.

6) Enneccerus-Nipperdey, S.265.

7) Beitzke, S.168; Dölle, II S.152; Gernhuber, S.507 und FamRZ 62/90 f.; Enneccerus-Nipperdey, S.455; Larenz AT S.24o und II S.411; Esser II S.404; Fikentscher, S.650; Krüger-Breetzke-Nowak, § 1631/2; Erman-Ronke, § 1626/1; RGRK-G.Scheffler, § 1631/4; Soergel-Lange, § 1626/2 und Soergel-Zeuner, § 823/53; Staud.-Donau, § 1626/5; Palandt-Thomas, § 823/6 f.

RG JW 13/202 (=Warn. 1913/53); Warn.1910 ErgBd Nr.286; LZ 28/819 (= HRR 28/1413); Warn.11928 Nr.132; RG 141/320. KG OLG 24/23; KG JW 25/377; OLG Dresden LZ 33/1160; LG Hannover NJW 49/625; LG Koblenz FamRZ 57/325 - OLG Koblenz FamRZ 58/137; LG Hamburg FamRZ 58/141; OLG Nürnberg FamRZ 59/71; KG MDR 60/497; OLG Neustadt FamRZ 61/533; LG München I NJW 62/809; BayObLG NJW 62/2204; OLG Köln FamRZ 63/447; LG Stuttgart MDR 64/56; OLG Schleswig FamRZ 65/224; AG Hennef MDR 66/414; OLG Hamburg MDR 67/764; LG Tübingen FamRZ 67/108.

8) FamRZ 68/498.

9) Enn.-Nipperdey, S.433; Larenz II S.408.

10) Larenz, Methodenlehre, S.186 f.

ordnung vorgegebenen Erscheinungen dogmatisch erfassen will, bleibt ihr überlassen. Eine Bindung kann durch den Gesetzgeber nicht erfolgen.[11] Um eine solche dogmatische Einordnung handelt es sich aber, wenn von einem absoluten Recht gesprochen wird. Deshalb muß zurückgefragt werden hinter diese Einordnung nach den Geltungsanordnungen, die in Rspr. und Lit. für rechtsverbindlich angesehen werden. Dann ergibt sich aber, daß der zweite Problemkreis, bei dem neben der Frage nach dem Umgang Dritter mit dem Kind von der Absolutheit der elterlichen Gewalt gesprochen wird, nämlich bei der Frage des Schadensersatzes, wenn ein Kind zu Unrecht den Eltern vorenthalten wird (vgl. auch § 1632 BGB), für unsere Problemstellung ohne Bedeutung ist: Denn selbst wenn sich herausstellt, daß bei dieser Frage die elterliche Gewalt wie eine als absolutes Recht anerkannte Position zu behandeln ist, so heißt das noch nicht, daß dies auch bei der Frage des Umgangs Dritter mit dem Kind gilt. Gerade umgekehrt läßt sich von einem absoluten Recht erst dann sprechen, wenn sich in allen wesentlichen Punkten gezeigt hat, daß die elterliche Gewalt wie eines der absoluten Rechte zu behandeln ist.

II. Der Stand der Rspr.

Betrachtet man die zur Frage des Umgangs Dritter mit dem Kind ergangene Rspr., so finden sich bis 1957 nur 3 veröffentlichte Urteile.[12] In allen kommt zum Ausdruck, daß rechtswidrig derjenige handelt, der bewußt (!) gegen den Willen der Eltern mit dem Kind verkehrt, wobei das KG aller-

---

11) Jedenfalls nicht unmittelbar. Der Gesetzgeber kann aber durch die Ausgestaltung der Normen im einzelnen die Wissenschaft zwingen, bestimmte dogmatische Einprdnungen vorzunehmen (vgl. dazu Canaris, Systemdenken, S.101 FN 53).

12) KG OLG 24/23(1911): Schwester der geschiedenen Frau verkehrt brieflich mit dem beim Vater lebenden Sohn; OLG Dresden LZ 33/1160: Liebhaber der Tochter wird Umgang mit dieser verboten; LG Hannover NJW 49/625: Umgangsverbot nach unzüchtigen Briefen und Sexualverkehr mit Tochter.

dings anfügte, daß dies jedenfalls gelte, wenn der Wille der Eltern begründet ist.

Ab 1957 sind, soweit ersichtlich, insgesamt 13 Urteile veröffentlicht worden.[13] Doch ist es nunmehr bestritten, ob der Umgang eines Dritten mit dem Kind bereits immer dann rechtswidrig ist, wenn er dem Willen der Eltern widerspricht, oder ob dieser Wille dann, wenn sich das Kind der Volljährigkeit nähert, nur beachtlich ist, wenn er auf triftige Gründe gestützt wird. Dies wurde erstmals vom OLG Koblenz vertreten.[14] Es geht davon aus, daß ein Kind seiner natürlichen Entwicklung entsprechend immer reifer werde, je mehr es sich der Volljährigkeitsgrenze nähere, mit der es die umfassende Mündigkeit erlangt. Auch dem Minderjährigen sei dann aber in den Grenzen des Angemessenen eine eigene Entscheidungsbefugnis vor dem 21. Lebensjahr zu gewähren, wenn er für den konkreten Fall genügend Reife besitzt. Die elterliche Entscheidungsbefugnis trete dann zurück. Eine solche Vorverlagerung der Mündigkeit des Kindes

---

13) LG Koblenz und Berufungsurteil OLG Koblenz FamRZ 57/325 und 58/137: Gewollt war Umgangsverbot für Dritten mit 20-jähr. Tochter, wiewohl ernste Heiratsabsichten; LG Hamburg FamRZ 58/141: Umgang eines verheirateten Mannes mit Tochter wird verboten; OLG Nürnberg FamRZ 59/71: Geschiedener 25-jähriger Frau wird Unterhalten von Liebesbeziehungen mit einem Achtzehnjährigen verboten; KG MDR 60/497: einem wegen Raubes vorbestraften Mann wird Umgang mit Tochter verboten; LG München I NJW 62/809: Umgangsverbot für Dritten mit 20-jähriger Tochter wegen Gefahr außerehelicher Geschlechtsbeziehungen; OLG Köln FamRZ 63/447: Ausschluß eines Dritten nach Geschlechtsverkehr und unzüchtigen Briefen; LG Stuttgart MDR 64/56: Umgangsverbot für 19-Jährigen mit 15-jähriger Tochter; OLG Schleswig FamRZ 65/224: Umgangsverbot für 29-Jährigen mit 18-jähriger Tochter, die uneheliches Kind von ihm hat, die aber heiraten wollen, wird abgelehnt; OLG Hamburg MDR 67/764: Verbot von Liebesbeziehungen gegenüber Drittem mit Tochter; LG Tübingen FamRZ 67/108: Umgangsverbot für 27-Jährigen mit 19 1/2-jähriger Tochter; LG Zweibrücken zit. nach RdJ 70/90(3.): Umgangsverbot für 58-Jährigen mit 17-jähriger Tochter; LG Saarbrücken FamRZ 70/319: bez. Umgangsverbot für Verlobten der Tochter.

14) FamRZ 58/137: das LG hatte im erstinstanzlichen Urteil bereits Ähnliches ausgesprochen.

habe im Gesetz etwa in § 59 FGG; § 5 RKEG; §§ 1,3 (III)EheG ihren Niederschlag gefunden. Zum anderen sei es unangebracht, einen Dritten generell der Gefahr auszusetzen, von den Eltern gerichtlich auf Unterlassen in Anspruch genommen zu werden, gleich aus welchem Grund diese gegen den Umgang mit dem Kind sind: nur triftige Gründe könnten hier den Ausschlag geben.

Die darauffolgenden Urteile konnten meist diese Frage offen lassen, da in den ihnen vorgelegten Fällen jedenfalls ein triftiger Grund gegeben war.[15] Das OLG Hamburg[16] trat der Auffassung des OLG Koblenz ausdrücklich bei, während das LG München I[17] dessen Ansicht ablehnt, doch auch bei einer Unterlassungsklage vor den ordentlichen Gerichten § 1666 BGB für immer beachtlich hält: ein mißbräuchlicher Wille der Eltern sei nie zu berücksichtigen.

III. Der Stand der Lehre

In der Lit. ist die Frontenstellung ähnlich wie in der Rspr. Ein Teil der Lehre beharrt auf dem überkommenen Standpunkt, daß der Widerspruch zum Willen der Eltern genügt, um den Umgang eines Dritten mit dem Kind rechtswidrig zu machen[18], während ein anderer Teil der neueren Meinung in der Rspr. zuneigt und einen Abbau der elterlichen Gewalt derart annimmt, daß in bestimmtem Umfang bereits vor

---

15) LG Hamburg; OLG Nürnberg; KG; OLG Köln; LG Stuttgart jeweils aaO (FN 13); unklar OLG Schleswig aaO.

16) aaO (FN 13).

17) aaO (FN 13).

18) Beitzke, S.168; Bosch, S.43; wie LG München I aaO: Staud.-Donau 1626/6; Lehmann-Henrich, S.184; Dölle II S.152; Palandt-Lauterbach § 1631/3.

der Mündigkeitsgrenze der §§ 1626; 2 BGB statt der Eltern das Kind zu entscheiden hat.

Teilweise wird die letztgenannte Ansicht aus der unmittelbaren Geltung der Grundrechte im Eltern-Kindverhältnis abgeleitet.[19] Die dann entscheidende Frage, ab wann ein Kind seine Grundrechte selbst ausüben kann[20], so daß eine Entscheidung der Eltern ausgeschlossen ist, ist im GG nicht geregelt. Sie müsse gelöst werden durch eine Abwägung der unmittelbar geltenden Kindesgrundrechte mit dem Elterngrundrecht des Art.6 II GG, genauso wie für den unter der Verfassung liegenden privatrechtlichen Bereich zwischen den Eltern- und den Kindesrechten in den Vorschriften über die Mündigkeit und Geschäftsfähigkeit ein Ausgleich erfolge. Zu welchen Ergebnissen die Abwägung im einzelnen führt, ist bestritten[21], bedarf jedoch hier keiner Lösung.[22]

Von einem ganz anderen Ausgangspunkt geht Gernhuber in seinem grundlegenden Aufsatz aus[23]: Er lehnt eine Kollision zwischen den Eltern- und Kindesrechten vom Grundsatz her ab.[24] Zweck der elterlichen Gewalt wie des in Art.6 II GG

---

19) Hildegard Krüger FamRZ 56/329; vgl. die Übersicht bei Reuter, S.19 ff.

20) Problem der sog. Grundrechtsmündigkeit; erstmals angesprochen von Hildegard Krüger aaO.

21) Vgl. Reuter aaO.

22) Eine weitere Auffassung (vgl. Reuter, S.21 ff) geht zwar auch von einer Kollision der Eltern- und Kindesrechte aus, lehnt aber die unmittelbare Grundrechtsgeltung ab: den Rahmen der elterlichen Gewalt stecke allein das Privatrecht ab, nur über die unbestimmten Rechtsbegriffe oder die Generalklauseln des Familienrechts können die Wertungen der Grundrechte Einfluß nehmen. Darüber hinaus gebe es keine Abschwächung der elterlichen Gewalt.

23) FamRZ 62/89 ff.

24) Neben den oben Genannten treten für eine Kollision der Eltern- und Kindesrechte ein: Anders FamRZ 60/475; Hofmann FamRZ 65/61; Westermann, Person, S.26; Hampel FamRZ 63/540; Ermann-Ronke § 1631/4b; Schüler-Springorum FamRZ 61/297; Maunz-Dürig 19 III/20; LG Augsburg FamRZ 61/324; OLG Köln FamRZ 63/447; OLG Hamburg MDR 67/764; OLG Frankfurt FamRZ 68/661.

garantierten Elternrechts sei es allein, den noch nicht mündigen Kindern bei der Bildung und Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu helfen. Die Befugnisse der Eltern verlieren ihre Berechtigung dort, wo diese Hilfestellung und die Ergänzung der Kindesfähigkeiten nicht mehr nötig ist, weil das Kind selbst genügend Reife zur eigenverantwortlichen Entscheidung hat.[25] Doch verbiete es die Rechtssicherheit, die nicht nur der Rechtsverkehr, sondern auch das Interesse der Eltern fordere, einen Abbau der elterlichen Gewalt anzunehmen, der dem jeweiligen Einzelfall folgt, da mit letzter Prägnanz höchstens ein Jugendpsychologe den wirklichen Grad der Reife eines Kindes feststellen kann.[26] Durch das Erfordernis der Rechtssicherheit werde also der reine Hilfscharakter der elterlichen Gewalt "verfälscht".[27] Doch würden die §§ 1626; 2 BGB nur die äußerste Grenze für die elterliche Gewalt bestimmen, nicht sei gesagt, was Personen- und Vermögenssorge in den einzelnen Phasen der Entwicklung des Kindes bedeuten. Daher sei der Rspr. recht zu geben, wenn sie bei der Frage des Umgangs Dritter mit dem Kind, in einem Gebiet, wo die Anforderungen der Rechtssicherheit nicht so groß seien, sich nicht an diese äußersten Grenzen gebunden fühle. Vielmehr hätten die Eltern die auch gegenüber einem Dritten wirkende alleinige Entscheidungsbefugnis für den Umgang der Kinder (Direktionsrecht) nur in der ersten Phase der Kindesentwicklung. In der zweiten sei es Aufgabe der Eltern lediglich, Fehlentwicklungen zu steuern, im übrigen sei die selbstverantwortliche Entscheidung des älteren

---

25) FamRZ 62/92; ebenso Staud-Donau § 1626/81; Reuter, S.78 ff.,91; Horstmann, S.71 f.

26) Gernhuber FamRZ 62/93.

27) Gernhuber FamRZ 62/95: es stehen sich hier also nicht Eltern- und Kindesgrundrechte gegenüber, sondern das Selbstbestimmungsinteresse des Kindes und das Interesse der anderen an Rechtssicherheit; Reuter, S.24,79.

Kindes allein maßgebend (Kontrollrecht).[28] Angaben darüber, wann sich die erste Phase in die zweite umwandle oder welche Kriterien dafür entscheidend seien, werden nicht gemacht.

3. Kapitel: Folgerungen

Wie aus dem Gesagten folgt, ist es unstr., daß die elterliche Gewalt Drittwirkung hat, doch ist der Umfang dieser Wirkung seit etwa 1956 sehr bestr.. Da aber die Frage des "Wie" einer Regelung von der Frage des "Ob" nicht getrennt werden kann, wenn es um die Aufstellung von Geltungsanordnungen geht, kann nicht auf Grund der Gesamtentwicklung als Gewohnheitsrecht angesehen werden, daß die elterliche Gewalt eine Drittwirkung hat. Doch ist es denkbar, daß sich etwa bis 1956 ein Gewohnheitsrecht gebildet hatte dahingehend, daß rechtswidrig handelt, wer (bewußt ?) gegen den Willen der Eltern mit dem Kind verkehrt, ein Gewohnheitsrecht, das durch das spätere Streitigwerden seines Umfangs vielleicht noch nicht beseitigt worden ist.

I. Die Bildung von Gewohnheitsrecht bis 1956

Legt man die oben herausgestellten Kriterien für das Vorliegen eines Gewohnheitsrechtes zugrunde, so ist fraglich, ob aus den bis 1956 ergangenen 3 Urteilen und dem Fehlen eines Widerspruches in der Lit. auf ein Gewohnheitsrecht geschlossen werden kann. Es ist zwar nicht notwendig, daß eine von einem allgemeinen "Rechtsgeltungswillen"[29] getra-

---

28) Gernhuber, S.518 und FamRZ 62/95; ebenso Erman-Ronke § 1631/3a; Larenz AT 115; Lenckner ZStrW 72/462; RGRK-G. Scheffler § 1631/4; Soergel-Lange § 1631/23.

29) Vgl. dazu o. FN 3).

gene Übung in der Rspr. ihren Niederschlag findet, doch muß in Ermangelung anderer Erkenntnisquellen auf sie zurückgegriffen werden. Die 3, in einem Abstand von jeweils etwa 20 Jahren ergangenen Urteile lassen die Beantwortung der Frage nach einer kontinuierlichen Übung offen. Eine solche erscheint möglich genauso wie das Vorliegen von nur sporadischen Einzelfällen. Gegen letzteres spricht aber, daß die von den Gerichten vertretene Drittwirkung der elterlichen Gewalt Ausfluß allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze war.[30] Die elterliche Gewalt wurde weitgehend als ein Herrschaftsrecht angesehen, das dem Vater, dem damaligen Inhaber der "elterlichen" Gewalt - jedenfalls im Außenverhältnis - eine dem Eigentümer vergleichbare Stellung einräumte[31], so daß die Wahrscheinlichkeit besteht, daß als Auswirkung dieser Ansicht auch eine umfassende Drittwirkung der elterlichen Gewalt von der Allgemeinheit praktiziert wurde und als rechtens gewollt war. Mit Sicherheit läßt sich eine Antwort jedoch nicht geben. Eine eingehendere Untersuchung erscheint aber nicht notwendig, da aus anderen Gründen das Vorliegen von Gewohnheitsrecht abzulehnen ist.

II. Die Bedeutung des Wegfalls der Unangefochtenheit

Geht man von der Geltung eines Gewohnheitsrechtes etwa 1948 aus, so fragt sich, welche Auswirkungen es hat, daß der Umfang der Drittwirkung str. geworden ist. Die Lösung ist einfach, soweit ein Abbau der elterlichen Entscheidungsbefugnis unmittelbar aus der Geltung der Grundrechte her-

---

30) Zur Bedeutung dieses Kriteriums für die Feststellung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung vgl. Larenz, Methodenlehre, S.338.

31) Enn.-Nipperdey, S.440; Fabricius AcP 160/288 mit Nachw.; Gernhuber FamRZ 62/89 mit Nachw.; ältere Lit. s. bei Nawiasky, S.6 f.

zuleiten ist. Da auch ein Gewohnheitsrecht nur Gültigkeit hat, soweit es mit dem GG übereinstimmt, ist ein bei Schaffung des GG bestehendes Gewohnheitsrecht aufgehoben worden bzw. hat sich während der Geltung des GG nicht bilden können. Schwieriger ist es, wenn man allein vom Zweck der elterlichen Gewalt her argumentiert.[32] Hier stellt sich das Problem, ob Gewohnheitsrecht bereits dann zu existieren aufhört, wenn die Unangefochtenheit wieder weggefallen ist. Die Lösung ist str.

Teilweise wird angenommen, daß Gewohnheitsrecht wie gesetztes Recht nur durch eine aufhebende Rechtsnorm beseitigt werden könne[33], während eine andere Meinung besagt, daß bereits bei Wegfall der Unangefochtenheit das Gewohnheitsrecht zu existieren aufhöre.[34] Ein Vergleich mit dem gesetzten Recht erscheint nicht richtig: Zu seiner Aufhebung genügt allerdings nicht eine spätere Änderung der Rechtsanschauung, doch ist diese auch nicht für seine Geltung konstitutiv. Dazu ist höchstens der nicht auf den Einzelfall bezogene, allgemeine Rechtsgeltungswille, daß Recht alles sei, was auf den in der Verfassung bestimmten Wegen gesetzt wurde, erforderlich. Anders ist beim Gewohnheitsrecht ein solcher Rückzug auf die Verfassung gerade nicht möglich. Eine Norm hat hier nur dann Rechtscharakter, wenn sie von dem auf den Einzelfall bezogenen Rechtsgeltungswillen der Allgemeinheit getragen wird. Dieser ist nicht nur Entstehungs-, sondern Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts.[35]

---

32) Vgl. etwa Gernhuber.

33) Enn.-Nipperdey, S.268 FN 11, S.287; BGHZ 1/369; 9/349 f.; nicht eindeutig Forsthoff, S.140: Meinungsänderung eines Gerichtes genügt nicht, und Berber, Völkerrecht, § 6 X: abweichende Übung eines Staates genügt nicht.

34) BGHZ 18/93 f.; Boehmer, Grundlagen I, S.291 geht davon aus, daß bei Wegfall der opinio necessitatis das Gewohnheitsrecht entfällt.

35) Vgl. Enn.-Nipperdey, S.263 f.

Fällt er weg, fällt das Gewohnheitsrecht weg. Beim Gesetzesrecht wäre damit nur der Fall vergleichbar, daß die Geltung der Verfassung nicht mehr unangefochten ist, was praktisch nur in oder nach revolutionären Stadien gegeben sein wird. Damit steht fest, daß eine umfassende Drittwirkung der elterlichen Gewalt jedenfalls heute nicht Gewohnheitsrecht ist.

Zu demselben Ergebnis kommt man auch, wenn man die Weitergeltung eines Gewohnheitsrechtes von der Abwägung des Interesses an Rechtskontinuität mit dem an Änderung abhängig macht[36]: Das Kontinuitätsinteresse vermag nicht das Selbstbestimmungsinteresse des Kindes zu überwiegen, nachdem der Selbstentfaltung durch das GG eine so grundlegende Bedeutung für das menschliche Dasein beigemessen wird.

III. Gilt das, was unangefochten ist, als Gewohnheitsrecht?

Ist somit die gewohnheitsrechtliche Geltung einer umfassenden Drittwirkung der elterlichen Gewalt abgelehnt, so fragt sich doch, ob nicht wenigstens das Gewohnheitsrecht sein kann, was unstr. ist, nämlich daß es in einer ersten Periode der Kindesentwicklung eine uneingeschränkte Drittwirkung gibt, in der zweiten Periode die Eltern aber nur noch ein Kontrollrecht haben. Das wäre aus zwei Gründen möglich: Einmal könnte ein bereits 1956 bestehendes Gewohnheitsrecht durch Wegfall der Unangefochtenheit nur insoweit aufgehoben worden sein, als es über die genannte Ansicht hinausging, da nur insoweit Streit entstand. Zum andern ist denkbar, daß sich bis 1956 ein Gewohnheitsrecht nicht gebildet hat, infolge der sich in der Zwischenzeit jedoch manifestierten Übung ein solches aber entstanden ist. Dies ginge aber auch

---

36) G. und D. Reinicke MDR 56/324 ff.; Reinicke JuS 64/428; auf das Kontinuitätsinteresse weist bereits Rümelin, S.49 ff. hin.

nicht weiter, als Unangefochtenheit bestünde, als kein Streit herrscht.

Für beide Alternativen ist aber Voraussetzung, daß sich zwischen den verschiedenen, voneinander abweichenden Meinungen eine Rangstufe derart herstellen läßt, daß die weitergehende Meinung die einschränkende jeweils als ein Minus mit umfaßt, und daß der gefundene "größte gemeinsame Nenner" als solcher selbständig sinnvoll bestehen kann. Dabei kommt es nicht nur auf die praktische Auswirkung der Ansichten an. Entscheidender ist, ob in den verschiedenen Lösungsvorschlägen divergierende Wertungen zum Ausdruck gebracht werden.

Es ist zwar bestr., welche Bedeutung die Wertung hat, auf der eine Norm aufbaut. Teilweise wird behauptet, die Wertung sei nicht Norminhalt, sondern nur hinter der Norm stehendes Motiv. Nach anderer Ansicht ist die Wertung jedenfalls auch Norminhalt.[37] Doch ist das Problem hier nicht entscheidend: Auch wenn die Wertung nicht Norminhalt ist, so kommt ihr jedoch rechtliche Bedeutung insoweit zu, als sie durch die Norm selbst zum Ausdruck gebracht wird. Derjenige, der das Recht anwendet, ist daran gebunden, wenn er das Gesetz auslegt (vgl. die objektiv-teleologische Methode)[38] oder dann, wenn er das Recht praeter legem fortbildet.[39]

---

37) Vgl. zum Streit um die Imperativentheorie u. § 4, 3. Kapitel, VII B 2.

38) Larenz, Methodenlehre, S.315 ff.; problematisch ist, wieweit die Motive des Gesetzgebers herangezogen werden müssen, die nicht im Gesetz ihren Ausdruck gefunden haben; vgl. Larenz, Methodenlehre, S.296 ff.

39) Canaris, Lückenfeststellung, § 28..

Die Ansichten, die eine umfassende Drittwirkung der elterlichen Gewalt ablehnen, drücken in ihren eigenen Lösungsvorschlägen aber divergierende Wertungen aus: während eine Meinung auf der Kollision der Eltern- und Kindesrechte aufbaut, geht die andere davon aus, daß eine solche Kollision nicht möglich ist, da vom Grundsatz her die elterliche Gewalt nur solange Bestand haben kann, als sie durch die Hilfsbedürftigkeit des Kindes gefordert ist. Beide Ausgangspunkte werden jeweils durch die Abgrenzung der ersten Phase, wo die Eltern allein zu entscheiden haben, von der zweiten Phase, wo grundsätzlich nur die Kinder entscheiden, zum Ausdruck gebracht: Die eine Meinung muß auf das Ergebnis der Abwägung der Eltern- und Kindesgrundrechte abstellen, während die andere vom Wegfall der Hilfsbedürftigkeit des Kindes ausgehen muß[40], wobei allerdings eine Modifizierung durch die anerkannte Notwendigkeit einer durch die Rechtssicherheit geforderten Typisierung eintreten kann.

Betrachtet man die Meinung, die eine uneingeschränkte Drittwirkung annimmt, so bringt sie entweder zum Ausdruck, daß die Elternrechte grundsätzlich den Kindesrechten vorgehen, oder aber, daß die Rechtssicherheit eine Abgrenzung der ersten Phase von der zweiten nicht zulasse. Bei ersterem wäre jedenfalls eine gemeinsame Basis mit der ersten Periode derjenigen einschränkenden Meinung gefunden, die von einer Kollision der Eltern- und Kindesrechte ausgeht, doch steht jedenfalls die von Gernhuber u.a. vertretene Ansicht einer Unangefochtenheit entgegen; zum andern ist auch bei der "Kollisionstheorie" str., wie die Abgrenzung im einzelnen vorgenommen werden soll. Eine gemeinsame Basis kann daher nicht gefunden werden, von der alle Ansichten ausgehen und von der alle annehmen können, daß sie für sich allein sinnvoll bestehen kann. Ein Gewohnheitsrecht besteht damit nicht.

---

40) In der Lit. werden dazu keine Angaben gemacht.

§ 3 Die Forderung nach Familienschutz als Verfassungsprinzip

Die Familie - das Zusammensein von Eltern und Kindern[1] - steht unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung (Art. 6 I GG). Die Stellung der Eltern ihren Kindern gegenüber wird in Art. 6 II GG dahin näher umschrieben, daß Pflege und Erziehung der Kinder "zuvörderst" Aufgabe der Eltern ist. Dem Staat sind Eingriffe aller Art in dieses "natürliche" Recht der Eltern grundsätzlich verboten[2], wenn nicht eine der genau normierten Ausnahmen vorliegt, die - von dem Schulrecht (Art.7 GG) und der Wehrpflicht (Art.12a GG) einmal abgesehen - verhältnismäßig eng umgrenzt sind (Art.6 II 2, III GG). Der Staat hat damit alles zu unterlassen, was die Verwirklichung der den Eltern eingeräumten Rechtsstellung beeinträchtigen würde. Er hat sich einmal jedes selbständigen Erziehungseinflusses zu enthalten, weiter andere störende Maßnahmen, wie etwa die Trennung der Kinder von ihren Eltern (Art.6 III GG), aber auch jede sonstige, eine Entfremdung fördernde Handlung zu unterlassen. Verboten sind dem Staat aber nur die unmittelbaren Beeinträchtigungen. Daß er schon allein durch die Art seiner tatsächlichen Existenz Einfluß auf die Kindesentwicklung nimmt, ist unvermeidbar. Auf jeden Fall ist dem Elternrecht durch das GG eine Wirkung gegenüber einem Dritten, dem Staat, beigemessen worden. Es ist zu klären, ob sich aus dieser Wertung etwas für die Beantwortung der Frage ergibt, ob die elterliche Rechtsposition auch gegenüber privatrechtlichen Rechtssubjekten eine Wirkung entfalten kann derart, daß auch ihnen, ähnlich wie dem Staat, Eingriffe in diese Position verwehrt sind.

---

1) E. Scheffler, S.252; Maunz-Dürig-Herzog, Art.6/16; BVerfG 6/82.

2) BVerfG 4/57; 7/323 und FamRZ 68/584.

1. Kapitel: Die Drittwirkung der Grundrechte

Die Frage, welche Auswirkungen die Wertungen des GG auf die Privatrechtsordnung haben, wird regelmäßig unter dem Stichwort "Drittwirkung der Grundrechte" behandelt.[3] Eine solche Drittwirkung wird heute von der ganz h.M. bejaht.[4] Streit besteht darüber, wie die Drittwirkung erfolgt. Ein Teil der Lehre geht von einer unmittelbaren oder absoluten Wirkung der Grundrechte aus.[5] Nach ihr ergebe sich daraus, daß die Grundrechte eine Grundwertentscheidung für alle Rechtsgebiete darstellen[6], eine unmittelbare Beeinflussung der gesamten Rechtsordnung. Es bedürfe für die Geltung der Grundrechte als objektiver Normen im Privatrecht nicht eines "Mediums", keiner Einbruchstellen, wie das die Anhänger der Lehre von der mittelbaren Grundrechtswirkung meinen und in den unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln finden.[7] Vielmehr würden durch die Grundrechtsgeltung unmittelbar Rechtsnormen "modifiziert oder neue geschaffen".[8] Das Privatrecht habe sich nach der höherrangigen Norm zu richten, nicht etwa umgekehrt[9] mit der Folge, daß sich die Verfassung nur im Rahmen des niederrangigen Privatrechts entfalten könnte.

---

3) Gegen diesen unklaren Begriff zu Recht Larenz I, S.49; Larenz AT S.36 spricht mit Raiser, Grundgesetz, S.10 vom Problem der "privatrechtlichen Gestaltungskraft des GG", womit aber bereits die Problemstellung über die Frage nach der speziellen Wirkung der Grundrechte hinaus erweitert ist (vgl. dazu u. bei FN 17).

4) Vgl. Nachweise bei Leisner, S.310 FN 63, S.335, S.339 FN 124; Dürig, S.157 ff. (Anm.10 u.12); Maunz-Dürig-Herzog, Art.1 III/127; Enn.-Nipperdey, S.93 FN 62; Larenz AT S.36 f.; zur Begründung s.u. 2.Kap. - bei FN 21.

5) Vor allem Nipperdey, z.B. Enn.-Nipperdey, S.97 und DVBl 58/447; Leisner, S.356 ff.; Müller RdA 64/122; BAG 1/191 ff., 4/276 ff.

6) BVerfG 7/205.

7) Vgl. Dürig, S.176 ff. und Maunz-Dürig-Herzog, Art.1 III/127 ff.

8) Enn.-Nipperdey, S.97.

9) Leisner, S.358.

Demgegenüber stützt die soeben mitskizzierte Lehre von der nur mittelbaren Wirkung der Grundrechte[10] ihre Ansicht im wesentlichen auf zwei Argumente: auf die Eigenständigkeit des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht[11] und - was hier allein interessieren soll - darauf, daß die Situation im Privatrechtsbereich anders ist als im Bereich der staatsgerichteten Grundrechtsgeltung. In der Privatrechtssphäre stünden sich immer mehrere Grundrechtsträger gegenüber, so daß die Grundrechte jedenfalls nicht immer mit ihrem vollen verfassungsrechtlichen Inhalt angewandt werden könnten, sondern erst die kollidierenden Grundrechte gegeneinander abgewogen werden müßten. Darüber hinaus sei im Bereich der vertraglichen Gestaltung zu beachten, daß nach dem auch grundrechtlich geschützten Prinzip der Privatautonomie (Art.2 I GG) die einzelnen Grundrechtsträger die Abgrenzung ihrer Interessenssphären selbständig vornehmen können.[12] Dem würde eine absolute Wirkung der Grundrechte - wie sie im staatsgerichteten Bereich gegeben ist - widersprechen. Vielmehr sei eine "Relativierung" dieser absoluten Grundrechtswirkung zugunsten der Eigenverantwortung des einzelnen nötig[13], wohl aber auch zugunsten der Rechte des "Gegners".

Nun zeigt sich aber, daß auch die Anhänger einer unmittelbaren Grundrechtswirkung von der Notwendigkeit einer Relati-

---

10) Von einer nur mittelbaren Wirkung der Grundrechte spricht auch das BVerfG (7/205). Leisner, S.373 ff. versucht jedoch darzutun, daß trotzdem dieses Urteil nicht die Lehre Dürigs stützt; vgl. auch Enn.-Nipperdey, S.97 und Nipperdey, DVBl 58/447.

11) Vgl. dazu insbesondere Raiser, Grundgesetz, S.19 ff.; ihm folgt Larenz AT S.37.

12) Auf dieses Argument legt Dürig besonderen Wert: S.159 und Maunz-Dürig-Herzog, Art.1 III/130.

13) Dürig, S.176.

vierung ausgehen: Der Freiheitsgehalt der Grundrechte (vor allem des Art.2 I GG) fordere, daß man den Grundrechtsträgern die Freiheit belasse, selbst ihre Rechtspositionen gegeneinander abzugrenzen. Etwas anderes sei nie behauptet worden.[14] Darauf, daß es bei der Anwendung der Grundrechte im Privatrechtsbereich generell zu einer Grundrechtskollision kommt, wird ebenfalls hingewiesen.[15] In einem entscheidenden Punkt zeigt sich also als "überraschendes Ergebnis" eine Übereinstimmung der angeblich so divergierenden Meinungen über die Art und Weise der Drittwirkung von Grundrechten[16]: man ist sich über die Notwendigkeit einer Relativierung einig, wobei über das besonders herausgestellte Problem der Grundrechtskollision hinaus noch zu beachten ist, daß u.U. die Interessenlage im Privatrechtsbereich auch aus anderen, möglicherweise rein tatsächlichen Gründen eine andere sein kann als im staatsgerichteten Bereich der Grundrechtsgeltung.

Wird es abgelehnt, die Grundrechte ohne inhaltliche Modifizierung als Normen in das Privatrecht zu übernehmen, so können nur die in den Grundrechten enthaltenen "Grundentscheidungen, die in ihnen zum Ausdruck gebrachten Prinzipien[17] als auch für das Zivilrecht verbindlich angesehen

---

14) Nipperdey, Festschrift S.27; vgl. auch Enn.-Nipperdey, S.97 u.

15) Müller RdA 64/123 f.,126.

16) Bydlinski, Österr.Zeitschr.f.öffentl.Recht XII, S.440.

17) Unter "Prinzip" soll hier eine Aussage verstanden werden, die bereits Rechtsverbindlichkeit hat, also nicht etwa lediglich ein ethisches Postulat ist, andererseits inhaltlich noch nicht so ausgeprägt ist, daß unmittelbar unter sie subsumiert werden kann, was wesentliches Kennzeichen einer Norm ist (vgl. Göldner, S.23 ff. mit Nachweisen). Es handelt sich um "offene" Prinzipien i.S.d. neuen Terminologie von Larenz, Methodenlehre, S.466 bei und mit FN 1. Zu trennen ist weiter zwischen den "rechtsethischen" oder "materialen" und den "rechtstechnischen" Prinzipien (vgl. Larenz, Methodenlehre, S.317 bei und mit FN 2; Canaris, Lückenfeststellung, § 86; Göldner, S.23). Nur die ersteren interessieren hier. Ob weiter zu trennen ist zwischen Prinzip und Wert, so Canaris aaO § 113, dagegen Göldner, S.24 FN 12, soll hier dahinstehen.

werden.[18] Damit aber löst sich der Streit um die Drittwirkung der Grundrechte auf in der umfassenderen Frage, welche Auswirkungen allgemein die im GG enthaltenen Prinzipien auf das Privatrecht haben, Prinzipien, die ja keineswegs allein in Gestalt der Grundrechte vom GG rezipiert wurden.[19] Die hiermit zusammenhängenden Probleme, welche erstmals von Göldner[19a] eingehend behandelt wurden, sollen im folgenden kurz skizziert werden.

2. Kapitel: Die Verfassungsprinzipien als Rechtsquellen

Daß die im GG enthaltenen Prinzipien Bedeutung für die gesamte Rechtsordnung haben, entspricht der durchaus h.M.[20]: Das GG will dem "staatlichen Leben" eine "neue Ordnung" geben, so daß seine Aussagen als "verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts" zu gelten haben.[21] Die Prinzipien des GG wenden sich dabei nicht allein an die Legislative, ähnlich den Programmsätzen der WRV, sondern sind als unmittelbar geltendes Recht anzusehen: Sie sind für den Richter unmittelbar verbindlich[22], bedürfen dazu nicht erst einer Übernahme durch den Gesetzgeber.[23]

---

18) So im Ergebnis etwa Raiser, Grundgesetz, S.13; ihm folgend Larenz AT S.37.

19) Vgl. z.B. das Sozialstaatsprinzip (Art.20 I GG); s. dazu Göldner, S.34. Zur Rezipierung der Prinzipien vgl. Göldner, S.30 bei und mit FN 31.

19a) Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Berlin 1969.

20) Nachweise vgl. o. FN 4; die h.M. sieht dieses Problem aber, wie gesagt, regelmäßig unter dem Gesichtspunkt der Drittwirkung der Grundrechte.

21) BVerfG 7/205.

22) Was nicht heißt, daß sie auch inhaltlich unmittelbar gelten. Hier ist vielmehr als "Zwischenakt" eine Konkretisierung notwendig; s. dazu u. 3.Kap.

23) Vgl. Göldner, S.30 ff.

Gesetz und Recht, woran die Rechtsprechung gebunden ist (Art.20 III GG), umfaßt auch die verfassungsmäßige Ordnung.[24] Ohne dies wäre auch das Recht der Richter, darüber zu entscheiden, ob eine Norm verfassungswidrig und damit nichtig ist, nicht verständlich.[25] Wenn das GG sich ausnahmsweise nur an den Gesetzgeber wendet, so wird dies ausdrücklich betont (vgl. Art. 6 V GG). Der Anerkennung der Prinzipien als Rechtsquellen[26] steht schließlich nicht ihre große inhaltliche Unbestimmtheit entgegen: Unbestimmtheit ist in einem mehr oder weniger großen Maße jedem Rechtsbegriff eigen. Die Bestimmtheit kann daher nicht als Voraussetzung für die unmittelbare rechtliche Geltung einer Aussage angesehen werden. Als Kriterium unmittelbarer Normativität scheidet der Grad der Bestimmtheit aus, da es für diesen an einem geeigneten Maßstab fehlt. Schließlich steht der Anerkennung als Rechtsquelle nicht entgegen, daß für den Einzelfall das Prinzip nur insoweit Bedeutung erlangen kann, als es inhaltlich bestimmbar ist. Gleiches gilt für jeden unbestimmten Rechtsbegriff.[27]

3. Kapitel: Die Konkretisierung der Prinzipien

Prinzipien bedürfen der näheren inhaltlichen Bestimmung, will man eine für den Einzelfall maßgebliche Aussage gewinnen, sie bedürfen der Konkretisierung.[27a] Die mit dem Akt

---

24) Göldner, S.31 mit Nachweisen FN 33 ff.

25) Göldner, S.31; vgl. Art.100 und Art.123 GG; nur für nachkonstitutionelles formelles Recht hat das BVerfG die alleinige Verwerfungskompetenz, vgl. etwa BVerfG 2/128 ff. und 1/195 ff.

26) Vgl. dazu Göldner, S.26 ff.,41.

27) Vgl. zum Ganzen eingehend Göldner, S.36 ff. (insbes. S.39 f.).

27a) Göldner, S.85 ff.

der Konkretisierung zusammenhängenden Fragen sind vielschichtig und können hier nicht im einzelnen beantwortet werden.[28] Nur die folgenden, für den Gang der Untersuchung wichtigen Probleme sollen angeschnitten werden.

I. Die Bedeutung der Privatrechtsordnung für die Konkretisierung

Die privatrechtliche Konkretisierung der Verfassungsprinzipien hat unter Berücksichtigung des bestehenden Privatrechtssystems zu erfolgen. Unter System ist hier nicht das "äußere", sondern das "innere" System zu verstehen[29], etwa i.S. einer "teleologischen Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien"[30], welche die "wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung"[31] zum Ausdruck bringt. Soll im Bereich des Privatrechts ein bestimmtes, in der Verfassung enthaltenes Prinzip zur Geltung kommen, so muß auf dieses System des Privatrechts Rücksicht genommen werden. Andernfalls besteht die Gefahr, daß ein Systembruch, also ein Widerspruch von Wertungen[32], auftritt, wodurch das Gleichheitsgebot, ein ebenfalls im GG verankertes Prinzip (Art.3 GG), verletzt würde.[33] Mögen Wertungswidersprüche vielleicht nie ganz auszuschließen sein, sie zu vermeiden[34] ist jedenfalls ein Postulat der Gerechtigkeit.[35] Für unseren Zusammenhang ist aber zu beachten, daß

---

28) S. dazu ausführlich Göldner, S.85 ff.

29) Vgl. zu diesen Begriffen Larenz, Methodenlehre, S.59.

30) So Canaris, Systemdenken, S.40 ff.,(47); s.a. Larenz, Methodenlehre, S.459 f.

31) Canaris, Systemdenken, S.13 ff., 40 ff.

32) Canaris, aaO. S.112 f.

33) Canaris, aaO. S.116,125 ff.; Larenz, Methodenlehre, S.316.

34) Zu den Möglichkeiten dazu vgl. Canaris, aaO. S.116 ff.; beachte insbes. auch die Möglichkeit der Weiterbildung eines als "offen" verstandenen Systems (vgl. dazu Canaris, aaO. S.61 ff.).

35) Larenz, Methodenlehre, S.316 FN 2 a.E.

das Gleichheitsgebot den anderen Verfassungsprinzipien nicht grundsätzlich vorgeht. Wesentlich ist jedoch, daß der Vorrang des GG vor dem nachgeordneten Recht, an dem auch die Verfassungsprinzipien teilhaben[36], nicht berechtigt, das System etwa des Privatrechts außer acht zu lassen.

Das Gebot, das Privatrechtssystem zu berücksichtigen, gilt gleichermaßen für den Gesetzgeber wie für den Richter.[37] Für letzteren wird dies weiter durch seine Bindung an das Gesetz (Art.20 III GG), worunter jede Rechtsnorm zu verstehen ist, unterstrichen und weitergeführt.[38] Soll der konkrete Umfang der Gesetzesbindung bestimmt werden, so sind als weitere Wertungen des GG zu beachten, daß die Verfassungsprinzipien unmittelbar auch für den Richter gelten und daß dieser das Recht hat, das Gesetz, an das er grundsätzlich gebunden ist, wegen Verstoßes gegen das GG als nicht verbindlich anzusehen.[39] Die Bindung an das Gesetz kann dann nur folgendes bedeuten: Der Richter hat solange alle Entscheidungen des Gesetzgebers - seien es Konkretisierungen des gerade in Frage stehenden Prinzips, seien es sonstige Wertungen - zu beachten, als sich der Gesetzgeber in dem Rahmen bewegt, der ihm für die Konkretisierung der Ver-

---

36) Vgl. Göldner, S.35 u..

37) Canaris, Systemdenken, S.116,125 ff.

38) Der Systemgedanke verlangt die Harmonisierung verschiedener Wertungen, ohne zu sagen, welchen der Vorrang zu geben ist. Die Bindung an das Gesetz läßt dagegen grundsätzlich sogar eine Modifizierung der gesetzlichen Wertungen nicht zu; vgl. aber sogleich den Text.

39) Das abstrakte Gewaltenteilungsprinzip ergibt dagegen für sich allein nichts für die Argumentation; vgl. Göldner, S.149 ff.(167).

fassungsprinzipien vorgegeben ist.[40][41] Hat dagegen die Legislative die Grenzen ihres Ermessens überschritten, so gibt das Normenkontrollrecht dem Gericht die Befugnis, das Gesetz für verfassungswidrig und damit für nicht verbindlich anzusehen. Normenkontrollkompetenz ist damit Konkretisierungskontrollkompetenz.[42] Dort, wo die Legislative keine Konkretisierungen vorgenommen hat oder wo diese eben wegen Verfassungswidrigkeit nicht verbindlich sind, führt die unmittelbare Geltung der Verfassungsprinzipien auch für den Richter dazu, daß er das Recht und die Pflicht hat, selbst die für den Einzelfall notwendige Konkretisierung vorzunehmen.[43]

II. Kriterien der Konkretisierung

Konkretisierung bedeutet für den Richter, den für den Einzelfall maßgeblichen Inhalt einer regelmäßig sehr allgemein

---

40) Zum Konkretisierungsspielraum s. Göldner, S.143 ff.

41) So mit eingehender Begründung Göldner, S.173 ff.,177 ff. Göldner setzt sich eingehend auch mit der Kritik Essers an dem kontinentaleuropäischen Primat des Gesetzgebers bei der Rechtsfindung auseinander (S.189 ff.); diese Kritik geht im Grund gegen die Anerkennung der Gesetzesherrschaft im GG (vgl. Göldner, S.180 u.194) und kann daher wohl nur bei einem - wenn vielleicht auch stillschweigenden - Verfassungswandel Beachtung finden.

42) Göldner, S.172.

43) Göldner, S.202, spricht von einer subsidiären Zuständigkeit des Richters. Der "Vorrang" des Gesetzgebers bei der Konkretisierung erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil die Legislative eher geeignet ist, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen, als der mehr an den konkreten Einzelfall gebundene Richter; vgl. Göldner, S.184 ff.

gehaltenen Aussage zu ermitteln. Konkretisierung ist damit Spezifizierung.[44] Es bedarf der Klärung, nach welchen Gesichtspunkten der Richter diese Spezifizierung vorzunehmen hat. Mit seiner Pflicht, wegen des Gleichheitsgebotes und der Bindung auch an das einfache Gesetz bei der Konkretisierung der Verfassungsprinzipien im Privatrechtsbereich die Ordnung des Privatrechts zu beachten, ist bereits ein wesentlicher Punkt angeschnitten: Einmal wird der Richter verpflichtet sein, das bestehende Rechtsgefüge zu beachten, soweit es der ihm zustehende, von ihm selbst zu bestimmende Konkretisierungsspielraum zuläßt. Er wird erst dann zu einer Rechtsfortbildung schreiten dürfen[45], wenn die Möglichkeiten einer "verfassungskonformen Auslegung" nicht zum Ziel führen.[46] Zum anderen wird auf die "Vorkonkretisierungen" des Gesetzgebers hingewiesen. Gemeint sind damit einmal Spezifizierungen gerade des Prinzips, um das es im Einzelfall geht, wie auch sonstige Wertungen, die für den Gesamtakt der Konkretisierung Bedeutung erlangen können.[47] Denkbar ist z.B., daß der Gesetzgeber für den Ausgleich eines im konkreten Fall auftauchenden Wertungswiderspruches in einem vergleichbaren, wegen des Gleichheitsgebotes daher beachtlichen Fall bereits eine Lösung vorgezeichnet hat.[48]

---

44) Göldner, S.91.

45) Vgl. dazu unten § 4 5.Kap.

46) Zur "verfassungskonformen Auslegung" eingehend Göldner, S.43 ff., der zu Recht ausführt, daß es zu eng ist, diese Auslegung allein unter dem Gesichtspunkt der Normerhaltung, also der Vermeidung einer Gesetzeskassation (Normenkontrolle) zu sehen (S.45 ff.). Göldner weist weiter nach, daß das Verständnis der rechtlichen Ordnung als eines offenen, teleologischen Systems (s. dazu Canaris, Systemdenken, S.61 ff.), bei dem es um die wertungsmäßige Einheit der gesamten Rechtsordnung geht (vgl. Göldner, S.60 ff. und Canaris aaO. S.13 ff.), auch den Weg eröffnet für die Berücksichtigung der Verfassungsprinzipien im Verfahren der Auslegung (Göldner, S.65 ff.).

47) Vgl. Göldner, S.126 ff.

48) Zur konkretisierenden Funktion der Analogie vgl. Canaris, Lückenfeststellung, §§ 152 ff.(156).

Mögen die Entscheidungen des Gesetzgebers in den einfachen Gesetzen wie in der Verfassung eine beachtliche Hilfestellung bei der Konkretisierung geben, regelmäßig werden sie allein nicht ausreichen. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Festsetzung der Spielraumgrenzen für die Konkretisierung geht, denn hier ist zu prüfen, ob die Vorstellungen des Gesetzgebers als verbindlich anzusehen sind. Hier kommt der Richter nicht ohne eigenständige Wertung aus. Nun ist das Verfahren richterlicher Verfassungskonkretisierung - hier gleicht es dem Gesetzgebungsverfahren - auch auf die Bildung allgemeingültiger Regeln über den Einzelfall hinaus angelegt.[49] Dieses Ziel wird aber nur erreicht werden, wenn es gelingt, andere Instanzen, insbesondere andere Gerichte von der Richtigkeit des eigenen Konkretisierungsvorschlages zu überzeugen.[50] Noch mehr als bei sonstigen Entscheidungen wird man daher verlangen müssen, daß der Richter bei seiner Konkretisierung alle Anhaltspunkte für eine bestimmte Entscheidung beachtet und seine eigene Auffassung eingehend, eben auch in Auseinandersetzung mit anderen Möglichkeiten begründet.[51] Das Gericht wird deshalb die bereits vorliegenden Konkretisierungsvorschläge berücksichtigen müssen. Zu denken ist dabei an die Vorstellungen anderer Gerichte (Präjudizien), der Wissenschaft, der an der Gesetzgebung beteiligten Organe (Gesetzgebungsvorschläge), aber auch fremder Länder und früherer

---

49) Göldner, S.106 f.

50) Dem Richter fehlt die Autorität des Gesetzgebers. Zur fehlenden Bindungskraft der Präjudizien vgl. Göldner, S.113 ff. und Larenz, Methodenlehre, S.403 ff. Eine Normbildung kann daher nur durch Schaffung von Gewohnheitsrecht erfolgen; zu dessen Voraussetzungen vgl.o. § 2, 1.Kap.

51) Zum gedanklichen Stil richterlicher Verfassungskonkretisierung vgl. Göldner, S.92 ff.

Gesetzgeber.[52] Anhaltspunkte für die eigene Wertung sind ferner das ethische Allgemeinbewußtsein und - spezieller - das allgemeine Rechtsbewußtsein, sowie die sog. Natur der Sache und die Effektivitätsmaxime (Welche Konkretisierung ist die tatsächlich effektivste?).[53] Welche Kriterien - aus dem Kreis der genannten oder darüber hinausgehend - jeweils zum Tragen kommen, ist jedoch eine Frage des Einzelfalles.

---

52) Vgl. dazu jeweils eingehend Göldner, S.113 ff.

53) Vgl. dazu wieder jeweils eingehend Göldner, S.124 ff.

§ 4 Die Konkretisierung des in Art. 6 GG enthaltenen Prinzips

Sind damit die Bedeutung der Prinzipien für die Privatrechtsordnung und einige Grundfragen der Konkretisierung kurz skizziert, so ist die Frage wieder aufzunehmen, ob sich aus der Regelung des Art.6 GG etwas für die Wirkung der elterlichen Gewalt gegenüber Dritten im Privatrechtsbereich entnehmen läßt.

1. Kapitel: Die für das Privatrecht maßgebliche Aussage des Art.6 I und II GG

Daß die Aussagen des GG als Grundwertentscheidungen für die gesamte Rechtsordnung Bedeutung haben, wurde oben dargetan. Diese grundsätzliche Bedeutung haben speziell auch die in Art.6 GG enthaltenen Wertungen. Art.6 I wird daher von der h.M. als eine insbesondere im gesamten Ehe- und Familienrecht zu beachtende Grundsatznorm angesehen.[1] Die sehr allgemein gehaltene Aussage des Art.6 I wird nun in einer für unsere Fragestellung interessanten Weise durch Art.6 II konkretisiert. Hier wird den Eltern ein Vorrang für die Erziehung und Pflege der Kinder vor dem Staat eingeräumt. Es wird dem Staat grundsätzlich verboten, in das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern einzugreifen.[2] Es ist zu fragen, ob der Familienschutz, den Art.6 I GG generell fordert, im Privatrechtsbereich ähnlich auszugestalten ist wie im Verhältnis zum Staat. Die ganz h.M., welche die elterliche Gewalt unter die absoluten Rechte einreiht[3], legt

---

1) BVerfG 6/72 und FamRZ 68/582; Gernhuber, S.32 ff.,37; Scheffler, S.273,281 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Art.6/6; BGHZ 6/366; vgl. auch die Übersicht über die aus der "Drittwirkung" des Art.6 I GG in verschiedensten Rechtsgebieten gezogenen Folgen bei Hamann-Lenz, Art.6/3.

2) Vgl. Nachweise § 3 bei FN 2.

3) Vgl. oben § 2, 2.Kap. I.

diese Annahme nahe.[4] Um eine eigene Entscheidung treffen zu können, ist es notwendig, die in Art.6 II GG enthaltenen Aussagen näher zu untersuchen. Insbesondere ist zu klären, welche Wertungen der im Verhältnis Eltern - Kinder - Staat tatsächlich auftretenden Interessen durch Art.6 II vorgenommen werden: Die Fragen etwa, ob für den Familienschutz eine Abwehr des Staates genügt oder ob die Effektivitätsmaxime auch einen Schutz im Privatrechtsbereich fordert, wie ein solcher Schutz aussehen müßte, um effektiv zu sein, lassen sich nur von dem beantworten, der weiß, welche Interessen eigentlich geschützt werden sollen. Eine eingehende Untersuchung der Wertungen des Art.6 II rechtfertigt sich schließlich daraus, daß diese für die systematische Erfassung des Familienschutzes in der Privatrechtsordnung wesentlich sind.

I. Der Schutz der Elterninteressen durch Art.6 II GG

A. Art.6 II GG als Grundrecht

Wenn es dem Staat verboten ist, in das Eltern-Kind-Verhältnis einzugreifen, so könnte das seinen Sinn allein darin haben, die Institution der Familie in einer bestimmten Ausprägung zu schützen. Das Interesse der Allgemeinheit stünde dann im Vordergrund, die Familienmitglieder wären nur reflexartig begünstigt. Die Bedeutung der Familie als Institution darf nicht unterschätzt werden.[5] Zu Recht wird

---

4) Ausdrücklich auf Art.6 II GG weist Fabricius AcP 160/287 FN 58 hin. Vgl. auch den Hinweis auf Art.6 bei der Begründung der Ehe als absolutes Recht bei Gernhuber, S.138.

5) Zum institutionellen Denken allgemein und zur Familie als Institution vgl. Horstmann, S.37 ff.; zu einseitig, wenn auch im Ergebnis richtig, Reuter, S.85 ff.; zum Streit um den Begriff der Institution vgl. auch Raiser, Grundgesetz, S.13 f. und FN 23.

aber Art.6 II GG auch als ein Grundrecht der Eltern angesehen[6], was zu der Annahme, gleichzeitig sei die Familie als Institution mitgeschützt, nicht im Widerspruch steht. Die Stellung des Art.6 II GG im Katalog der Grundrechte (vgl. Art.1 III GG), wie die Tatsache, daß ausdrücklich vom Recht der Eltern gesprochen wird, wobei sogar noch dessen Vorstaatlichkeit hervorgehoben wird[7], sprechen eindeutig für ein Grundrecht der Eltern. Dazu kommt, daß die Wirksamkeit des Art.6 II GG am besten entfaltet werden kann, wenn man ein Grundrecht annimmt. Einer solchen Auslegung ist immer der Vorrang zu geben.[8]

B. Schutz der Kindes- und Elterninteressen in Art.6 II GG

Ist den Eltern ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat eingeräumt worden, so ist damit aber noch nicht gesagt, daß tatsächlich die Interessen der Eltern geschützt werden sollen. Die Eltern können auch als bloße "Sachwalter des Persönlichkeitsrechts des Kindes"[9] berechtigt sein, die Interessen des Kindes wahrzunehmen, wozu diese eben wegen ihrer Unmündigkeit selbst nicht in der Lage sind. Zu der Frage aber, wieweit durch Art.6 II GG Interessen der Kinder, wieweit Interessen der Eltern geschützt werden sollen, gibt es kaum Stimmen. Dagegen wird das Problem, wie sich die Interessen der Eltern zu denen des Kindes im Innenverhältnis verhalten, häufig diskutiert. Auf diese Fragestellung kann hier Bezug genommen werden, da grundsätzlich davon auszu-

---

6) BVerfG 4/57; 7/323; vgl. auch BVerfG 6/71 und FamRZ 68/582; v.Mangoldt-Klein 6/IV 2a; Maunz-Dürig-Herzog 6/9; Maunz S.143; Peters, S.373 ff.; Horstmann, S.33; Gernhuber spricht vom Elternrecht, S.35.

7) Das ist der Sinn des Zusatzes "natürliches"; vgl. Fleig zit. bei v.Mangoldt-Klein aaO.

8) BVerfG 6/72; zur Effektivitätsmaxime vgl. Göldner, S.138 ff. mit Nachw.

9) So Staud.-Donau 1626/2; Staud.-Göppinger 8 vor § 1666; Becker FamRZ 61/105; Erman-Ronke § 1631/2d; Horstmann,S.23.

gehen ist, daß der Schutz eines Rechtsverhältnisses nach außen zu Gunsten dessen erfolgt, zu dessen Gunsten das Rechtsverhältnis überhaupt besteht. Es ist daher auch gleichgültig, ob eine Meinung speziell zum Elternrecht des Art.6 II GG oder zur privatrechtlichen Regelung der elterlichen Gewalt geäußert wurde. Auch schadet es nichts, wenn die Begründung aus speziellen Vorschriften des BGB erfolgt.[10)]

1. Das Wohl des Kindes als alleiniger Maßstab elterlichen Handelns

Eine Meinung betont mehr das Interesse der Eltern daran, die Kinder gemäß den eigenen Vorstellungen zu erziehen und zu pflegen. Sie sehen etwa das Elternrecht als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an[11)]: die freie Entfaltung zeige sich gerade dort deutlich, wo die Eltern ihre Kinder so erziehen können, daß sich ihre Persönlichkeit in den Kindern, womöglich noch in besserer Gestalt, fortentwickeln könne.[12)] Eine starke Betonung des Elterninteresses kommt auch dort zum Ausdruck, wo als Voraussetzung für ein staatliches Eingreifen in das elterliche Recht (Art.6 II 2 GG; § 1666 BGB) ein Verschulden der Eltern verlangt wird[13)], denn dann stehen nicht die Kindesinteressen im Vordergrund, die auch ohne Verschulden der Eltern verletzt sein können. Ausgangspunkt ist das Elterninteresse, dessen Durchsetzung, wie jedes Recht, seine Grenzen im Mißbrauch findet.

---

10) Zur Bedeutung des einfachen Gesetzes bei der Verfassungskonkretisierung s.o. § 3, 3.Kap.,I.

11) Peters, S.391; Mayer DVBl 55/582; ebenso für das Schweizer Recht Hegnauer § 273/5, der allerdings auch die Fremdnützigkeit der elterlichen Gewalt hervorhebt (§ 273/7); vgl. auch Hubmann, S.265 f.

12) Peters, S.391.

13) So Peters, S.387; Soergel-Lange, § 1666/24: nur diese Vorstellung sei mit Art.6 II GG vereinbar; vgl. Nachw. bei Staud.-Göppinger, § 1666/194.

Eine andere Meinung betont dagegen die reine Fremdnützigkeit des Elternrechts. Maßstab allen elterlichen Handelns sei allein das Wohl des Kindes.[14] So soll mit jeder Befugnis der Eltern die Pflicht korrespondieren, diese zum Wohl des Kindes auszuüben, weshalb auch von einem Pflichtrecht gesprochen wird.[15] Zum anderen wird betont, daß die Eltern bloße "Sachwalter des Persönlichkeitsrechtes des Kindes" sind.[16]

Der letztgenannten Auffassung ist im Ansatz der Vorrang zu geben. Das Kind, mag es auch unmündig sein, hat wie jeder andere Mensch einen Wert an sich, was Art.1 I GG mit der Würde des Menschen umschreibt. Dieser widerspräche es aber, wollte man das Kind als bloßes Objekt elterlicher Selbstentfaltung betrachten.[17] Der Mensch muß immer auch als Subjekt gesehen[18], er darf nie zum bloßen Mittel degradiert werden.[19] Art.1 I GG verbietet also eine Auslegung, die das Kind zum Objekt fremder Interessendurchsetzung macht. Das besagt jedoch noch nicht, daß die Interessen des Kindes im Vordergrund stehen müssen. Nun befinden sich die Kinder aber gegenüber dem Normalfall des Erwachsenen in einer besonderen Situation. Die Behandlung, die sie ins-

---

14) Gernhuber, S.504 und FamRZ 62/90; Horstmann, S.22: Dölle UU, S.136; Staud.-Donau, § 1626/2; RGRK-G.Scheffler, § 1627/2; Hegnauer, § 273/7; OLG Hamburh MDR 67/764; BayObLGZ 1913/260.

15) Gernhuber, S.504; ihm folgt Larenz AT S.115; nicht treffend erscheint die formale Kritik bei E.Wolf, FamRZ 68/497, an diesem Begriff. Eine dem Recht innewohnende Pflicht mag ein Widerspruch in sich sein, doch meint Gernhuber wohl eher, daß dem Recht der Eltern immer ein Recht des Kindes, also eine Pflicht der Eltern gegenübersteht (nicht ganz klar aber Lehmann-Hübner, S.83). Dieses Verhältnis von Recht und Pflicht im personalen Rechtsverhältnis zeichnet auch Wolf treffend (aaO S.496).

16) Vgl. o. § 4, 1.Kap. I,B bei und mit FN 7.

17) BVerfG FamRZ 68/584; Reuter, S.81; das Verbot, die Person als Objekt zu behandeln, ist der konkretisierungsunabhängige Begriffskern des Art.1 I GG (vgl. Göldner, S.87 f.).

18) Nipperdey, Menschwürde, S.23.

19) Wintrich BayVBl 57/139.

besondere durch ihre Eltern erfahren, ist für sie von einer unvergleichbar größeren Bedeutung als das Verhalten eines Erwachsenen für einen anderen: Die gesamte physische und vor allem psychische Entwicklung des Kindes, sein ganzes späteres "Personsein" hängt in einem beachtlichen Maße von der konkreten Ausgestaltung der Kinderjahre ab, die wiederum vor allem von den Eltern gelenkt wird. Fragt man auf dieser Grundlage danach, was die personale Würde des Kindes gerade für das Eltern-Kind-Verhältnis besagt, so liegt es nahe, aus der Wertung des Art. 1 I GG heraus den Interessen des Kindes grundsätzlich den Vorrang zu geben vor denen der Eltern: Die Eltern sind nicht nur gehalten, Kindesinteressen auch mit zu berücksichtigen, sie haben vielmehr eben wegen der besonderen Bedeutung der Kindesjahre für die Gesamtentwicklung des Menschen allein das Wohl des Kindes im Auge zu behalten. Eine solche Konkretisierung des Art.1 I GG - und das ist letztlich entscheidend - wird durch § 1627 BGB unterstützt: Die Eltern haben danach die elterliche Gewalt "zum Wohl des Kindes auszuüben", sie haben nicht nur das Kindeswohl zu berücksichtigen.[20] Aus der Menschenwürde ist daher abzuleiten, daß bei der Erziehung und Pflege des Kindes dessen Interessen im Vordergrund stehen müssen.

Sieht man das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern in der geschilderten Weise, so scheint Art.6 II GG, der diesem Verhältnis Staatsfreiheit zusichert, fast ausschließlich dem Kindesinteresse zu dienen: Wenn die Eltern eigene Interessen kaum verfolgen dürfen, können sie auch kaum vom Staat dabei gestört werden. Das Interesse des Kindes an der Staatsfreiheit läßt sich auch sachlich begründen: Bei staatlicher Einflußnahme ist die Gefahr einseitiger, ideologischer Beeinflussung und Erziehung zur Intoleranz groß,

---

20) Zur Bindung an das einfache Gesetz bei der Verfassungskonkretisierung s.o. § 3, 3.Kap. I.

wie die Zeit nach 1933 wieder deutlich gemacht hat, zur Abwehr deren Mißstände ja auch mit die Grundrechte konzipiert wurden.[21] Zum anderen können die Eltern im allgemeinen eine den Interessen des Kindes besser entsprechende Erziehung gewährleisten als vom Staat herangezogene Institutionen, allein schon weil die leiblichen Eltern ein viel höheres Eigeninteresse an der Förderung des Kindeswohls haben als fremde Personen. Daß aber entgegen diesem Anschein das Interesse der Eltern selbst an der Staatsfreiheit der Beziehung zu ihren Kindern bei Art.6 II GG eine größere, vielleicht sogar überragende Rolle spielt, zeigen die folgenden Überlegungen.

2. Der Bereich schützbarer Interessen der Eltern

a) Die rechtliche Verpflichtung der Eltern, die Kindesinteressen wahrzunehmen

Bejaht man einen Anspruch des Kindes darauf, daß derjenige, der seine Belange vertritt, nicht "nach Belieben" verfährt, so ist doch die Rechtsordnung ihrerseits nicht gezwungen, diesen Anspruch selbst zu verwirklichen. Sie könnte dies vielmehr der Sitte oder anderen sozialen Gegebenheiten überlassen, so daß die Eltern die hier allein interessierende rechtliche Möglichkeit hätten, tatsächlich nach Belieben zu verfahren.[22] Nachdem aus der Menschenwürde des Kindes abgeleitet wurde, daß seine Interessen im Vordergrund stehen müssen, kann diese Ansicht nur dann aufrecht erhalten werden, wenn das Kindesinteresse selbst es verlangt, daß den Eltern die rechtliche Befugnis gegeben wird, nach Belieben zu verfahren.[23] So begründet Reuter[24] seine

---

21) Für Art.6 II GG vgl. Peters, S.374 und BVerfG 6/71.

22) Vgl. Reuter, S.71.

23) So richtig Reuter, S.190.

24) S.190 f.

Auffassung, daß die Grundrechte im Kindesrecht auch nicht mittelbar gelten, etwa mit dem Interesse des Kindes an einer staats- und rechtsfreien Familie.

Eine Stellungnahme dazu muß unterscheiden zwischen der Frage, ob eine rechtliche Verpflichtung der Eltern, das Wohl des Kindes zu berücksichtigen, als solche bereits Kindesinteressen verletzt, und dem Problem, ob dies bei einem Eingriff staatlicher Exekutive der Fall ist. Die Tatsache einer rechtlichen Verpflichtung der Eltern als solche vermag Kindesinteressen nicht zu beeinträchtigen. Das Bestehen rechtlicher Normen allein wirkt sich auf das Eltern-Kind-Verhältnis auch nicht anders aus als sittliche oder moralische Gesetze. Kindesinteressen können dagegen beeinträchtigt werden, wenn die staatliche Exekutive in die Familie eingreift, falls die Eltern ihre rechtliche Pflicht gegenüber ihren Kindern verletzt haben.

Eine Beratung der Eltern über den jeweiligen konkreten Inhalt der rechtlichen Verpflichtungen würde als solche den Kindesinteressen wohl auch dann nicht zuwiderlaufen, wenn die Eltern dazu gezwungen werden.[25] Zwangsmaßnahmen gegenüber den Eltern, um sie zu einem bestimmten Verhalten ihren Kindern gegenüber zu veranlassen, könnten aber im Ergebnis für das Kind negativere Folgen haben, als wenn das ursprüngliche Verhalten der Eltern geduldet würde. Denn solche Maßnahmen sind geeignet, die Voraussetzungen für positive personale Beziehungen der Eltern zu ihren Kindern zu stören. Zum andern werden oft die erzwungenen Maßnahmen der Eltern mit den vom Interesse des Kindes verlangten, freiwillig vorgenommenen Handlungen kaum vergleichbar sein.[26] Besondere Gefahren drohen dem Kind schließlich dort, wo direkt andere

---

25) Vgl. etwa die Überwachung und Beratung von Pflegeeltern § 31 I1 u.II JWG.

26) Hier richtig Reuter, S.19o o.

Personen an die Stelle der Eltern gesetzt werden, was insbesondere bei einer Trennung von Eltern und Kindern der Fall ist. Hier ist die Gefahr am größten, daß es zu einer Entfremdung von Eltern und Kindern kommt, ohne daß gleichwertige Beziehungen zu anderen Personen aufgebaut werden können. Eine generelle Verpflichtung staatlicher Exekutive, bei Verletzung rechtlicher Normen durch die Eltern in die Familie einzugreifen, würde damit Kindesinteressen widersprechen.[27)]

Oben wurde gesehen, daß die Aufstellung rechtlicher Regeln für die Eltern als solche Kindesinteressen nicht verletzt und daher an sich als von der Menschenwürde des Kindes gefordert angesehen werden müßte. Da jedoch erkannt wurde, daß dem Schutz der Kindesinteressen durch die staatliche Exekutive Grenzen gesetzt sind, so könnte man annehmen, daß die Aufstellung solcher Regeln jedenfalls dort sinnlos sei, wo ihre Einhaltung nicht erzwungen werden kann. Nun wäre aber einmal eine lex imperfecta als solche noch keineswegs sinnlos. Zum andern ist es durchaus denkbar, daß außerhalb des Bereiches staatlichen exekutiven Eingreifens die rechtliche Normierung des elterlichen Verhaltens bedeutsam sein kann, etwa dort, wo die Eltern ihrerseits die Hilfe des Staates zur Unterstützung ihrer Maßnahmen gegenüber dem Kind in Anspruch nehmen, wie dies z.B. bei einem Beistand der Fall ist.[28)] Mögen bei einer Pflichtverletzung der Eltern

---

27) Die Überwachung der Eltern durch den Staat (Art.6 II 2 GG) kann daher nur erfolgen, wenn die das staatliche Verhalten im einzelnen normierenden Gesetze entweder eine Abwägung der für das Kind entstehenden Vor- und Nachteile im jeweiligen konkreten Fall ermöglichen oder selbst eine Abwägung vornehmen, etwa daß ein Eingreifen nur bei einem bestimmten Grad der Kindesgefährdung zulässig ist.

28) Vgl. §§ 1685, 1686 1.Hs BGB; gleiches gilt für den Erziehungsbeistand, vgl. §§ 56 I, 58 I 1 JWG.

staatliche Zwangsmaßnahmen dem Kind teilweise mehr schaden als nützen, eine Gefährdung des Kindes ist nicht ersichtlich, wenn der Staat die elterlichen Maßnahmen nicht unterstützt, die Kindesinteressen widersprechen.

Damit ist kein Grund gegeben, der gegen die Annahme der rechtlichen Verpflichtung der Eltern spräche, im Einzelfall die Interessen des Kindes wahrzunehmen. Zu prüfen ist nun aber, ob diese Interessen des Kindes immer eindeutig feststellbar sind, oder ob den Eltern nicht ein Entscheidungsspielraum bleibt[29], an dessen Ausfüllung durch sie selbst die Eltern ein eigenes Interesse haben könnten.

b) Der Begriff des Interesses

Der Begriff des Interesses selbst ist mehrdeutig.[30] Interesse soll hier verstanden werden als die Anteilnahme eines Subjektes an einem Objekt[31], wobei dieses Objekt ein materieller oder immaterieller Gegenstand, aber auch ein Mensch sein kann. Diese Anteilnahme kommt zustande, wenn das Subjekt das Objekt in irgend einer Weise als wertvoll empfindet oder auch bewußt erkennt. Damit ist primär das tatsächliche, subjektive Interesse angesprochen, der Anteil, den ein Mensch tatsächlich nimmt.[32] Je nachdem, ob diese Anteilnahme auf dem bloßen Trieb beruht (Hunger, Durst, aber auch Machtwille o.a.) oder ob eine eigenverantwortliche Wertung Grundlage des Interesses ist, können weitere Differenzierungen vorgenommen werden.[33] Daneben steht aber das

---

29) Das wird allgemein angenommen: vgl. Westermann, Person, S.24 f.; Gernhuber, S.524.

30) Vgl. Fabricius, S.69 ff. mit weiteren Nachw.

31) Larenz AT S.217; Wolff, § 29 I a.

32) Wolff, § 29 I b.

33) Vgl. Fabricius, S.71 f.

objektiv als richtig erkennbare Interesse (objektive Interesse).[34] Hier wird von der subjektiven, tatsächlichen Anteilnahme abgesehen und gefragt, woran ein beliebig austauschbares Subjekt unter Zugrundelegung eines objektiven Wertmaßstabes Anteil nehmen würde.

c) Die objektiven Interessen des Kindes

Wird von dem Interesse des Kindes gesprochen, so stellt sich die Frage, ob damit die subjektiven oder die objektiven Interessen gemeint sind. Erstere können nur angesprochen sein, soweit das Kind überhaupt subjektiv interessefähig ist. Den bloßen Trieb kann auch der Neugeborene erleben, doch sind die darauf beruhenden Interessen nicht maßgebend: Als ein entscheidendes Merkmal des Menschen gilt seine mangelnde Triebgebundenheit. Gerade erst dadurch, daß er seine Triebe beherrscht und so zur eigenverantwortlichen Entscheidung frei wird, wird er eigentlich zum Menschen: So basiert nach der Sicht des GG die besondere Würde des Menschen vor allem auf seiner Fähigkeit zur eigenverantwortlichen und freien Entfaltung seiner Persönlichkeit (vgl. Art.1 I und Art.2 I GG).[35] Dabei wird allerdings nicht verlangt, daß tatsächlich der konkrete Mensch selbstverantwortlich lebt, vielmehr wird dem einzelnen seine Würde bereits infolge seiner Zugehörigkeit zur Gattung Mensch zuerkannt.[36] Wenn aber gerade aus der Würde des Menschen abgeleitet wurde, daß das Interesse des Kindes für das Handeln der Eltern maßgeblich sein muß, so können damit nicht die "menschenunwür-

---

34) Wolff, § 29 I c nennt dies die wahren Interessen; Fabricius, S.72 f.

35) Maunz-Dürig-Herzog Art.1 I/17 f., 2 I/1; Nipperdey, Freie Entfaltung, S.742; BVerfG 7/405 und 12/53; BGH NJW 1961/1397 ff.

36) Nipperdey, Menschenwürde, S.3; begründen läßt sich diese Gleichstellung aller Menschen nur metaphysisch; vgl. zur gleichen Problematik des § 1 BGB Raiser ZHR 111/79: "... Anerkennung all dessen, was Menschenantlitz trägt, wie vor Gott, so vor den Menschen..."

digen", die reinen Triebinteressen gemeint sein. Bei den übrigen subjektiven Interessen ist aber die Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Wertung Voraussetzung ihrer Bildung. Zu dieser Eigenverantwortlichkeit ist das Kind jedoch nicht, jedenfalls nicht im vollen, dem Erwachsenen eigenen Maß fähig, sonst bedürfte es ja der elterlichen Gewalt gar nicht. Ob eine bereits erstarkte Interessefähigkeit des Kindes die elterliche Gewalt zurückdrängen kann, ist, wie gezeigt wurde, bestr., soll aber hier nicht geprüft werden. Dem Grundsatz nach jedenfalls sind Kinder nicht subjektiv interessefähig. Als Interessen der Kinder können dann nur die objektiven gemeint sein, solche, die auf Grund eines objektiven Wertmaßstabes von jedermann gefunden werden können, so daß die mangelnde Wertungsfähigkeit des Kindes ausgeglichen wird.

Das Problem liegt dann bei der Frage, was objektiver Wertmaßstab ist. Da die Eltern in ihrem Handeln an ihn gebunden sind, kann es nur ein rechtlich relevanter Maßstab sein. Beachtlich sind danach die Wertungen des GG, wohl überhaupt der Rechtsordnung. Da das GG vom Bild eines zur eigenverantwortlichen Selbstentfaltung fähigen Menschen ausgeht, ist als oberstes Erziehungsziel anzusehen, das unmündige Kind zu dieser Fähigkeit zu führen.[37] Weiter fragt sich, ob über die Wertungen der Rechtsordnung hinaus bestimmte Erkenntnisse Bestandteil der alle Menschen bindenden Ordnung werden können. Das hängt im einzelnen von der konkreten Ausgestaltung der elterlichen Gewalt ab. Das Wohl des Kindes wird aber nicht ohne generalklauselartige Verweisung auf Erkenntnisse etwa der Mediziner, Pädagogen und Psychologen

---

37) Darauf, daß die Erziehung diesem Anspruch weitgehend nicht genügt, weist Mitscherlich hin: "Erziehung ist unendlich öfter Terror als Führung zur Selbständigkeit" (S.28).

umschrieben werden können. Bindend kann aber für die Eltern nur das sein, was wirklich unbestr. ist. Über Erkenntnisse der Wissenschaft hinaus .. .n als Maßstab aber auch anerkannt werden, was vernünftig und besonnen denkende und handelnde Menschen als dem Wohl des Kindes dienend ansehen[38], wobei aber zu beachten ist, daß dort, wo eine bestimmte Einstellung letztlich von der Beantwortung einer weltanschaulichen Frage abhängt, die Eltern nicht gebunden werden: Eine andere Ansicht würde der Wertung des Art.4 GG widersprechen.

d) Der den Eltern verbleibende Entscheidungsspielraum

Diese Bestimmung der Kindesinteressen zeigt nun aber auch, daß in einem großen Bereich nicht festliegt, was dem Interesse des Kindes entspricht. Es fehlt weitgehend an einer objektiven Wertordnung. Das gilt einmal - wie betont - für alle Fragen der Weltanschauung[39] und die auf deren Beantwortung aufbauenden Probleme. Zwar ist das Bekenntnis des GG zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit, die im Spannungsfeld zwischen Individualismus und sozialer Verantwortung gesehen wird[40], letztlich bereits eine weltanschauliche Entscheidung. Doch ist damit nur ein äußerer Rahmen gegeben, innerhalb dessen die verschiedensten Ansichten Platz haben. Gleiches gilt für alle Fragen des bloßen Geschmacks oder der Konvention, aber auch dort, wo etwa die einschlägigen Fachansichten divergieren. Vielfach wird bei ihnen auch nur unbestr. sein, daß ein ganz bestimmtes Verhalten schädlich ist, ohne daß darüber Einigkeit bestünde, welche der verbleibenden Möglichkeiten die zweckmäßigste ist.

---

38) Vgl. z.B. Staud.-Göppinger, § 1666/30.

39) Für den außenstehenden Betrachter ist zwischen Religion und Weltanschauung kein qualitativer Unterschied.

40) BVerfG 4/15.

Es besteht also ein weiter Bereich, in dem sich ein objektiver Maßstab nicht finden läßt, wo sich also auch die objektiven Interessen des Kindes nicht bestimmen lassen. Trotzdem bedarf die Vielzahl der in diesem Bereich auftretenden Fragen einer Beantwortung. Da ist einmal die Befriedigung akuter physischer und psychischer Bedürfnisse, die nicht aufgeschoben werden kann, bis das Kind selbst subjektiv interessefähig ist. Zum andern ist zur Menschwerdung im eigentlichen Sinn und damit zur Erlangung der Selbstbestimmungsfähigkeit eine Prägung des Kindes durch die soziale Umwelt nötig: Der Neugeborene bringt nicht wie das Tier mit seiner weitgehenden Trieb- und Instinktbindung alle Fähigkeiten mit, die er zu einem artgemäßen Leben braucht. Dies muß er von seiner Umwelt und durch sie erst lernen, wobei jede Kultur und Gruppe ihre Verhaltensmuster zur Bewältigung der verschiedensten Lebenssituationen an die Kinder weitergibt. Wichtig erscheint nur, daß sich die Erziehung in der Prägung nicht erschöpft, sondern auch die spezielle menschliche Fähigkeit gefördert wird, kritisch eigenes Verhalten wie tradierte Verhaltensmuster zu prüfen, sich selbst zum Gegenstand bewußter Besinnung zu machen, was neben dem Mangel an biologischer Determiniertheit die Kulturfähigkeit des Menschen bedingt.[41)]

Müssen Probleme gelöst werden, wo nicht objektive Interessen des Kindes eine eindeutige Antwort geben, müssen die subjektiven Wertungen anderer Menschen maßgeblich werden, und hier haben die Eltern ihre Aufgabe. Sie entscheiden, was im Einzelfall zu tun ist. Doch dürfen sie nun nicht ohne weiteres ihr Eigeninteresse durchsetzen. Das widerspräche dem Interesse des Kindes auch dort, wo einzelne objektive Interessen nicht feststellbar sind. Vielmehr müssen sich die Eltern fragen,

---

41) Gehindert wird die Fähigkeit vor allem durch unbewußt wirkende, durch die Umwelt gesetzte Denkhemmnisse wie Vorurteile, Tabus und anderes, vgl. Mitscherlich, S.27 und passim.

was nach ihrer Ansicht dem Wohl des Kindes dient[42]: Wo das objektive Interesse der Kinder nicht feststellbar ist, treffen die Eltern für das Kind die subjektiven Interessenentscheidungen. Für diesen Bereich ist es berechtigt, die Eltern als "Sachwalter des Persönlichkeitsrechtes des Kindes" zu bezeichnen.

e) Das Interesse der Eltern, selbst die Entscheidungen für das Kind zu treffen

Damit ist die Grundlage für die Erkenntnis gegeben, daß trotz der im Ansatz reinen Fremdnützigkeit des Elternrechts Eigeninteressen der Eltern im Verhältnis zu Dritten schützbar sind.[43] Dazu verhilft die Erkenntnis, daß die Eltern ein Eigeninteresse an der Förderung des Kindeswohls haben, das in der natürlichen Verbundenheit mit diesen begründet ist, auf welche ja auch Art.6 II GG anspielt. Daraus kann sich einmal ein Eigeninteresse daran ergeben, daß die objektiven Interessen des Kindes befriedigt werden. Nun mag es zweifelhaft erscheinen, ob die Eltern ein solches Interesse auch dort haben, wo sich ihre Vorstellungen vom Kindeswohl nicht mit den objektiven Kindesinteressen decken, doch kann dies dahinstehen, denn diese Interessen der Eltern bedürfen sowieso keines Schutzes: es genügt die Wahrung der Kindesinteressen. Diese sind die primären, mit denen sich die Eltern nur identifizieren.

In einem weiten Bereich aber gibt es keine objektiven Kindesinteressen, die schützbar wären. Hier haben nun die Eltern ein eigenes Interesse daran, daß ihre Vorstellungen von dem, was dem Kindeswohl entspricht, zum Zug kommen,

---

42) Was praktisch zur Durchsetzung von Eigeninteressen wohl kein großer Unterschied ist: notwendig wäre ein großes Differenzierungsvermögen der Eltern.

43) So auch Westermann, Person, S.24 f.

nicht die Vorstellungen anderer, etwa des Staates, noch daß andere die Verwirklichung ihrer Vorstellungen stören. Schützbare Interessen des Kindes, mit denen sich die Eltern identifizieren können, bestehen hier nicht. Zwar mag das Kind interessiert sein daran, daß anstehende Entscheidungen nicht von Dritten, sondern von den Eltern getroffen werden, da diese eher die Gewähr dafür zu bieten scheinen, das Wohl des Kindes im Auge zu haben, als andere Menschen. Ein Interesse des Kindes an einer bestimmten, von den Eltern beschlossenen Maßnahme ist aber nicht als objektives erkennbar. Das wäre anders, wäre die Annahme richtig, die Eltern würden im Zweifel immer das objektiv Richtige für ihre Kinder tun.[44)] Davon kann aber nicht die Rede sein. Allenfalls kann vermutet werden, daß die Eltern immer das Beste des Kindes wollen.

Damit ist gezeigt, daß Art.6 II GG auch dem Schutz der Elterninteressen an der ungestörten Durchsetzung ihrer Vorstellungen vom Wohl des Kindes dient. Dagegen wird nicht zusätzlich ein Elterninteresse daran geschützt, selbst die Interessen der Kinder befriedigen zu dürfen, seien es die objektiven oder die von den Eltern gesetzten. Soweit die Eltern selbst die Kindesinteressen festlegen dürfen, müssen sowieso nicht nur das Ziel von Erziehung und Pflege bestimmt werden, sondern auch die Mittel und Wege dazu, also auch, wieweit die Eltern selbst aktiv werden und wieweit die Hilfe anderer Menschen oder Institutionen herangezogen werden soll. Soweit aber das objektive Interesse des Kindes zur Erreichung ebenfalls objektiv als richtig erkennbarer oder auch von den Eltern gesetzter Ziele einen bestimmten Weg vorschreibt, so ist dieser zu beschreiten.

---

44) So Staud.-Donau § 1626/2; LG Tübingen FamRZ 67/110.

II. Der Schutz elterlicher Interessen im Privatrechtsbereich als prinzipielle Forderung

Art.6 II GG schützt - so lassen sich die vorstehenden Gedankengänge zusammenfassen - einmal das objektive Interesse des Kindes daran, die negativen Folgen einer Erziehung durch den Staat zu vermeiden, zum andern die Interessen der Eltern daran, daß die Realisierung ihrer Vorstellungen von dem Wohl der Kinder nicht durch eine staatliche Einflußnahme gestört wird. Beide Interessenbereiche stehen selbständig nebeneinander: Ein Interesse der Eltern an dem Schutz objektiver Kinderinteressen wurde als nicht selbständig beachtlich angesehen, es genügt der unmittelbare Schutz der Kindesinteressen. Die Vorstellungen vom Wohl des Kindes andererseits, an deren ungestörten Realisierung die Eltern ein geschütztes Interesse haben, sind nur dort maßgeblich, wo objektive Kindesinteressen gerade nicht erkannt werden können. Von diesen beiden Interessensphären steht nun bei Art.6 II GG das Elterninteresse im Vordergrund: Der Bereich, in dem objektive Interessen des Kindes erkennbar sind, ist wesentlich kleiner als der Bereich, in dem die Vorstellungen der Eltern zum Zug kommen. Aus diesem Grund erscheint es angezeigt, die Frage nach dem Schutz der Elterninteressen im Privatrechtsbereich vorzuziehen. Zu ihrer Beantwortung ist auf die oben herausgestellten Kriterien der Verfassungskonkretisierung zurückzugreifen.

Denkbar ist einmal, daß ein effektiver Schutz des Elternrechts nur erreicht werden kann, wenn er auch im Privatrechtsbereich gewährt wird. Voraussetzung ist, daß eine Beeinträchtigung der geschützten Elterninteressen eben nicht nur durch den Staat, sondern auch durch Privatpersonen erfolgen kann. Das aber ist der Fall: Private haben zwar nicht die Eingriffsmöglichkeiten, die dem Staat zur Verfügung

stehen, der einmal die Macht hat, unmittelbar die Rechtslage zu variieren, welche das Eltern-Kind-Verhältnis regelt, dessen Exekutive zum andern mit Zwang gegen Eltern und Kinder vorgehen kann. Privatpersonen können aber doch in nicht unerheblichem Maße auf das Kind einwirken, einfach durch den Einfluß, den sie auf das Kind ausüben. Durch diesen wird das Kind in einer bestimmten Weise geformt und für seine Erziehung kommen dann die Vorstellungen der Eltern gar nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres zum Zug. Die Effektivitätsmaxime[45] verlangt somit danach, den Schutz des Elternrechts auf den Privatrechtsbereich auszudehnen.

Darüber hinaus ist es ganz h.M., daß dem Elternrecht im Privatrechtsbereich ein Schutz vor Beeinträchtigungen durch Dritte zukommt: Der Umgang, den jemand bewußt gegen den Willen der Eltern mit dem Kind pflegt, wird als rechtswidrig angesehen.[46] Meinungsverschiedenheiten vor allem über den Umfang des Schutzes und die darin zum Ausdruck gebrachte Abgrenzung von Eltern- und Kindesinteressen[47] ändern ebensowenig wie die dogmatischen Bedenken, die gegen die genannte Formel der h.M. sprechen[48], etwas daran, daß der Stellung der Eltern ein privatrechtlicher Schutz zuerkannt wird.

Die Verweisung auf die h.M. besagt nun als solche wenig, vor allem besteht keine Bindung an sie.[49] Sie gibt jedoch einen genügend großen Anhaltspunkt für die Annahme einer

---

45) Vgl. dazu oben § 3, 3.Kap., II bei und mit FN 53 und § 4, 1.Kap. I A bei und mit FN 8.

46) Vgl. oben § 2, 2.Kap., I ff.

47) Vgl. oben § 2, 2.Kap., II.

48) S. unten § 4, 3.Kap., VII, B 2 und C 1.

49) Es ist hier kein Gewohnheitsrecht entstanden; vgl. § 2, 3.Kap.

allgemeinen Rechtsüberzeugung. Diese geht eben dahin, daß dem Elternrecht auch im Privatrechtsbereich ein Schutz zukommt.[50] Nun ist auch diese allgemeine Rechtsüberzeugung nicht bindend. Wenn aber jeder Verfassungskonkretisierung die Absicht der Normbildung[51], also der Bildung von Gewohnheitsrecht innewohnt, so ist ihr doch besondere Beachtung zu schenken. Eine Pflicht dazu ergibt sich weiter daraus, daß - jedenfalls theoretisch - auch die richterliche Gewalt und damit auch die richterliche Rechtsfortbildung i.w.S. vom Volks ausgeht (Art. 20 III GG), in dessen Namen dann auch die Urteile gefällt werden.

Gestützt auf die Effektivitätsmaxime und die allgemeine Rechtsüberzeugung läßt sich daher als erster wesentlicher Teilakt der Konkretisierung folgendes feststellen: Die generelle Forderung nach staatlichem Schutz der Familie (Art.6 I GG) verlangt prinzipiell auch den Schutz der Familie im Privatrechtsbereich. Bevor nun nach der entsprechenden Privatrechtsnorm gefragt wird, ist zu klären, ob sich bereits aus der Regelung im GG etwas für den Umfang des Schutzes elterlicher Interessen ergibt. Weiter ist das Verhältnis der durch Art.6 I und II GG geschützten Elterninteressen zu den ebenfalls grundgesetzlich garantierten Freiheitsrechten Dritter, die durch das Aufstellen von Privatrechtsnormen möglicherweise betroffen werden, näher zu bestimmen.[52]

---

50) Zur Bedeutung, die Repr. und Lit. für die Erkenntnis des Gewohnheitsrechts bilden, wo es ebenfalls auf eine allgemeine Rechtsüberzeugung ankommt (vgl. § 2, 1.Kap.), vgl. etwa Enn.-Nipperdey, S.267 f.

51) Vgl. § 3, 3.Kap. II bei und mit FN 49.

52) Auf die Notwendigkeit einer solchen Interessenabwägung wird von den Vertretern der nur mittelbaren Grundrechtswirkung immer wieder hingewiesen; vgl. dazu § 3, 1.Kap. vor FN 12 und bei FN 15.

III. Der Umfang des privatrechtlichen Schutzes der Eltern

Für den Schutz der Eltern im staatsgerichteten Bereich der Grundrechtsgeltung wurde oben bereits angedeutet[53], daß nicht jeder Einfluß, der vom Staat auf das Verhältnis von Eltern und Kindern ausgeht, untersagt ist. Die Eltern sind mit ihren Kindern nicht in einen "leeren Raum" gesetzt, wo sie ihre Vorstellungen ohne jede Einwirkung von außen realisieren können. Die Umwelt, in der Eltern und Kinder leben, hat vielmehr Auswirkungen auf sie schon durch die Art und Weise ihrer Existenz und beeinflußt bereits dadurch die Möglichkeit der Eltern, bestimmte Vorstellungen über die Erziehung und Pflege ihrer Kinder zu realisieren. Diese Gegebenheiten kennzeichnen nun nicht nur das Verhältnis der Eltern zum Staat, sondern ebenso das Verhältnis der Eltern zur Umwelt in den durch das Privatrecht erfaßten Sphären. Sinn und Zweck der Art.6 I und II GG im staatsgerichteten wie im privaten Bereich kann es daher nur sein, die Elterninteressen vor zusätzlicher Beeinträchtigung zu schützen. Wie die Abgrenzung des Elternrechts gegenüber dem Staat dann im einzelnen zu erfolgen hat, kann hier dahinstehen.

Im Privatrechtsbereich bedeutet diese Einschränkung, daß die Eltern nicht zu schützen sind vor den Auswirkungen, welche die Existenz der Umwelt als solche mit sich bringt. Die Umwelt stellt sich dar als die Summe der Verhaltensweisen der Mitmenschen. Beachtlich kann dann nur das Verhalten sein, das sich direkt gegen das Eltern-Kind-Verhältnis richtet, mit dem einzelne Menschen gewissermaßen aus dem Hintergrund allgemeinen Tuns der Umwelt heraustreten und speziell sich Eltern oder Kindern zuwenden. Hier können

---

53) Vgl. § 3 vor dem 1.Kap.

weiter ausscheiden die Maßnahmen, die sich gegen die Eltern selbst richten. Diese sind grundsätzlich selbst in der Lage, sich gegen Drittbeeinflussung zu wehren und der Schutz ihrer Entscheidungsfreiheit als solcher ist ein allgemeines Problem und losgelöst von der Frage der Kindeserziehung zu sehen. Es bleiben die direkt auf das Kind bezogenen Maßnahmen und diese können mit dem Stichwort des "Umgangs" mit dem Kind umschrieben werden. Umgang mit dem Kind bedeutet, daß jemand mit dem Kind "umgeht", daß er unmittelbar mit ihm Beziehung aufnimmt, gleich, ob auf eigene Initiative oder auf Veranlassung des Kindes, gleich ob für kürzere oder längere Dauer. Keinen Schutz erfahren die Eltern damit vor der Beeinflussung, die von einem Verhalten eines Dritten allein deshalb ausgeht, weil das Kind davon - gleich auf welche Weise - Kenntnis erlangt. Im Privatrechtsbereich geht es somit darum, daß die Eltern geschützt werden vor einem Umgang Dritter mit dem Kind, welcher der Realisierung ihrer Vorstellungen vom Kindeswohl entgegensteht. Dies deckt sich mit der h.M. und der aus ihr ableitbaren allgemeinen Rechtsüberzeugung[54], die ebenfalls nur den Umgang mit dem Kind unter gewissen Voraussetzungen für rechtswidrig erklärt.

IV. Das Verhältnis von Elternrecht und Freiheitsrechten Dritter

Will man im Privatrechtsbereich die Eltern in dem genannten Umfang vor Beeinträchtigungen schützen, so kann dies nur geschehen, indem Freiheitsrechte Dritter eingeschränkt werden, die ihrerseits grundrechtlich garantiert sind. Es tritt

---

54) S. dazu § 2, 2.Kap., II und III.

eine Kollision von Grundrechten auf. Bei der notwendigen Abwägung zeigt sich aber, daß die Freiheitsrechte des Dritten voll hinter das Recht der Eltern zurücktreten.

Freiheitsrechte, die durch ein Umgangsverbot betroffen werden können, sind außer Art.2 I GG wohl nur noch Art.4 I (das Recht, andere für den eigenen Glauben zu werben[55]), und Art.5 I (Meinungsfreiheit). Der Rücktritt des Art.2 I läßt sich daraus begründen, daß Art.6 II ihm gegenüber das speziellere Grundrecht ist, dessen besondere Bedeutung zudem durch den Zusatz "natürliches" Recht unterstrichen wird. Da weiter Art.2 I GG nur unter dem Vorbehalt der Rechte anderer steht, ist es angebracht, das Elternrecht als ein solches vorgehendes Recht anzusehen und Art.6 II somit voll den Vorrang vor Art.2 I zu geben.

Für Art.4 und Art.5 greift diese Argumentation nicht ein: Beide sind spezielle Grundrechte wie Art.6 II, und Art.4 I steht zudem nicht einmal unter Gesetzesvorbehalt. Nun geht aber der gesamte Grundrechtskatalog von dem Normalfall des Zusammenlebens erwachsener Menschen aus, wie sich bereits daraus zeigt, daß die Frage der Grundrechtsmündigkeit überhaupt nicht angeschnitten ist. Art.4 und Art.5 garantieren in diesem Bereich, soweit sie überhaupt das unmittelbare Einwirken auf andere Menschen betreffen, aber nur die freie geistige Auseinandersetzung[56]: Sie geben das Recht, die eigene Meinung kundzutun und auch zu versuchen, andere zu überzeugen. Dem erwachsenen Gesprächspartner bleibt es überlassen, ob er sich auf eine Auseinandersetzung einlassen will, zu der er grundsätzlich als befähigt anzusehen ist, oder ob er es vorzieht, sich den Ausführungen des anderen zu ent-

---

55) Vgl. BVerfG 12/1.

56) Art.5 I will den "geistigen Kampf der Meinungen gewährleisten", BVerfG NJW 69/1151 ff. ("Blinkfüer"-Urteil).

ziehen.[57] Ganz anders ist die Situation im Verhältnis zu Kindern. Diese sind zu einer freien geistigen Auseinandersetzung nicht fähig, eben weil sie noch unmündig sind. Sie sind weder in der Lage, das vom anderen Vorgebrachte selbständig zu werten, noch können sie sich, wie ein Erwachsener, einer Auseinandersetzung selbst entziehen. Dritten das Recht auf freie Meinungsäußerung gegenüber Kindern zu geben, hieße, ihnen das Recht zur Erziehung, jedenfalls in einem kleinen Ausschnitt zu gewähren. Das aber haben Art.4 und Art.5 nicht im Auge. Hier greift eben Art.6 II ein, der diesen speziellen Sachverhalt der Einwirkung auf ein Kind regelt, indem er das Recht dazu den Eltern zubilligt. Gibt man aus diesen Gründen Art.6 II den Vorrang vor Art.4 und Art.5[58], so wird damit nicht einmal das Recht des Dritten besonders eingeschränkt. Auch mit einem Erwachsenen kann ein Dritter praktisch nur Umgang haben, wenn dieser damit einverstanden ist. Daß bei einem Kind die Frage des "Einverstandenseins" von den Eltern beantwortet wird, spielt für die Wirkung gegenüber Dritten keine Rolle.

2. Kapitel: Die vorbeugende Unterlassungsklage als Mittel zum Schutz der Elterninteressen

Ist festgestellt, daß die Art.6 I und II GG den privatrechtlichen Schutz der Eltern vor einem solchen Umgang Dritter mit dem Kind verlangen, der der Realisierung ihrer Vorstellungen vom Kindeswohl entgegensteht, und daß dieses Interesse der Eltern den Freiheitsrechten Dritter grundsätzlich vorgeht, so ist nun nach der entsprechenden Privat-

---

57) Art.5 I gibt kein Recht darauf, daß der andere zuhört; vgl. z.B. OLG Karlsruhe NJW 70/64 f.; gleiches dürfte für Art.4 I gelten.

58) So für Art.4 I Staud.-Donau § 5 RKEG/12.

rechtsnorm zu suchen. Wie die Praxis gezeigt hat[59], steht im Vordergrund die Frage, wie die Eltern es erreichen können, daß Beeinträchtigungen unterbleiben, während das Problem des Schadensersatzes erst dann auftaucht, wenn die Kinder von ihren Eltern getrennt werden.[60]

Die h.M. gewährt den Eltern eine vorbeugende Unterlassungsklage: Die Eltern können Dritte auf Unterlassen bestimmter Handlungen gerichtlich in Anspruch nehmen. Nun ist auch heute noch betr., wie die vorbeugende Unterlassungsklage dogmatisch einzuordnen ist.[61] Auf jeden Fall ist aber der Ansatzpunkt der h.M. richtig: Bei der Umsetzung des Prinzips des Art.6 II GG geht es um die Frage, wie im außervertraglichen Verhältnis zu Dritten den Eltern ein vor allem präventiver Schutz gewährt werden kann. Ein solcher Schutz wird innerhalb des Privatrechtssystems mit der vorbeugenden Unterlassungsklage gegeben.

---

59) Vgl. § 2, 2.Kap., II. FN 12 und 13.

60) Problemkreis des § 1632 BGB; einen Schadensersatz aus Verletzung der elterlichen Gewalt gewährt allerdings LG Bremen MDR 61/599 den Eltern für die Aufwendungen, die sie zur Heilung eines von einem Dritten ihrem Kind zugefügten Schadens machen mußten. So berechtigt das Ergebnis sein mag, so wenig läßt es sich aus der Absolutheit des Personensorgerechtes herleiten; vgl. Kritik bei Weimar MDR 62/7; Gernhuber, S.511 (FN 4); Larenz II, S.411; Soergel-Zeuner, § 823/53; vgl. auch § 4, 5.Kap., II. FN 362.

61) Vgl. Larenz II, S.479 ff.; Fikentscher, S.724; Zeuner, S.301 ff.; v.Caemmerer, Wandlungen, S.456 ff.; vgl. zudem Nachweise bei Palandt-Degenhart, § 1004/6a.
Der Streit geht primär um die Frage, wieweit der Unterlassungsklage ein materiellrechtlicher Anspruch zugrunde liegt. Hier muß u.U. geschieden werden zwischen den abs. Rechten und den anderen geschützten Positionen. Lehnt man einen materiellrechtlichen Anspruch ab, so muß man sich mit dem Grundgedanken des Aktionenrechts auseinandersetzen; vgl. die angegebene Lit.

Die h.M. begründet diese Klagemöglichkeit mit der Behauptung, daß die Stellung der Eltern ihren Kindern gegenüber im Privatrechtsbereich als ein absolutes Recht anzusehen sei.[62] Sie gewähren den Eltern also die actio negatoria[63], die in Analogie zu § 1004 I BGB und anderen Vorschriften ohne dogmatische Bedenken gegeben werden kann.[64] Dafür, daß die elterliche Gewalt tatsächlich ein absolutes Recht ist, fehlt jedoch weitgehend die Begründung. Die frühere Rspr. bemühte noch den Vergleich mit dem Eigentum[65], und weitgehend wird auch heute noch die elterliche Gewalt als ein Herrschaftsrecht angesehen.[66] Daß das Elternrecht tatsächlich ein eigentumsähnliches und daher ein absolutes Recht ist, wird wiederum nicht begründet. Allein die Erkenntnis, daß der Schutz der elterlichen Position nötig ist, genügt nicht[67], ebensowenig wie der Hinweis darauf, daß jede Zuordnung eine absolute sei.[68] Es ist deshalb auf den als richtig erkannten Ausgangspunkt der h.M. bei der vorbeugenden Unterlassungsklage zurückzukehren und von hier aus weiter zu fragen, ob und wie die Position der Eltern hier einen Schutz erfahren kann. Notwendig erscheint dafür die Analyse der Funktion und Stellung der vorbeugenden Unterlassungsklage, um die Grundlage für die Einordnung des in Art.6 II GG enthaltenen Prinzips in das so gefundene System zu haben.

---

62) S. § 2, 2.Kap. I.

63) Esser II, S.469; Fikentscher, S.722; s.u. § 4, 2.Kap., I bei FN 71.

64) Larenz II, S.477; Enn.-Lehmann, S.1009.

65) Vgl. RG JW 13/202, das aber vorsichtig formulierte: die elterliche Gewalt sei "als abs. Recht dem Eigentum gleichstehend", ebenso KG JW 25/377. Daher ist auch das Zitat bei Fabricius AcP 60/287 nicht ganz zutreffend; jedenfalls kann nicht gesagt werden, die Rspr. hätte ein Eigentum der Eltern an dem Kind angenommen (so aber Fabricius aaO), wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß die Rspr. sich weitgehend sachenrechtlicher Begriffe bedient hat (vgl. Gernhuber FamRZ 62/89).

66) Vgl. Enn.-Nipperdey, S.440 u. S.451; Lehmann-Hübner, S.89.

67) Vgl. aber Gernhuber, S.507 u.

68) Gernhuber FamRZ 62/90.

I. Die vorbeugende Unterlassungsklage

Im Recht der unerlaubten Handlung hat der Gesetzgeber vor allem den Gedanken des repressiven Rechtsgüterschutzes zum Ausdruck gebracht. Demgegenüber ist der Präventivgedanke vernachlässigt worden.[69] Der Schutz der für schützenswert anerkannten Positionen vor künftigen Beeinträchtigungen ist nur in Einzelvorschriften ausgesprochen worden.[70] In Analogie zu diesen läßt sich eine allgemeine Unterlassungsklage zum Schutz aller absoluten Rechte ohne weiteres ableiten (sog. actio negatoria).[71] Darüber hinaus haben aber Rspr. und Lit. eine Unterlassungsklage auch zum Schutz vor allen nach dem Deliktsrecht als rechtswidrig angesehenen Handlungen zugelassen. Vom Erfordernis des Verschuldens wurde abgesehen.[72] Auch auf eine bereits erfolgte Beeinträchtigung als Klagevoraussetzung wurde verzichtet.[73]

Diese Entwicklung ist im Ergebnis durchaus zu begrüßen, da es nicht sinnvoll erscheint, nur einen entstandenen Schaden auszugleichen, nicht aber einen drohenden Schaden zu verhindern.[74] Ob sich das Ergebnis allerdings auch hier in Analogie zu den §§ 1004, 12 u.a. BGB rechtfertigen läßt[75], ist recht zweifelhaft angesichts der Unterscheidung zwischen

---

69) Esser I, S.267, II, S.468; Enn.-Lehmann, S.918 f., S.1008.

70) Vgl. Übersicht bei Esser II, S.469.

71) S.o. § 4, 2.Kap. bei und mit FN 64.

72) St.Rspr. ab RG 60/6; Enn.-Lehmann, S.1010; Fikentscher, S.722 f.; Esser II, S.468 ff.; Larenz II, S.476 ff.; Staud.-Mühl, § 1004/54; v.Caemmerer, Wandlungen, S.456; vgl. zur Entstehungsgeschichte eingehend Boehmer, Grundlagen I, S.38 ff.

73) Ab RG 101/340.

74) Fikentscher, S.723; vgl. auch FN 76.

75) Vgl. bei Fikentscher die zweistufige Analogie (S.722). Ob sich die Rspr. einer Zweistufigkeit bewußt war, ist zweifelhaft, doch kommt es darauf nicht an.

absoluten Rechten und sonst im Deliktsrecht geschützten Positionen.[76] Doch ist die Anerkennung der allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsklage heute bereits Gewohnheitsrecht[77]: Eine langdauernde gleichmäßige Übung läßt sich aus der Rspr. ersehen, die Unangefochtenheit wird durch den Streit um die dogmatische Einordnung nicht in Frage gestellt, da die Norm als solche nicht betroffen ist. Auch der innere Zusammenhang mit dem im Deliktsrecht verankerten Prinzip des Rechtsgüterschutzes ist gegeben.

Erkennt man die vorbeugende Unterlassungsklage als richtigen Ausgangspunkt an, die in Art.6 II GG enthaltenen Wertungen ins Privatrecht umzusetzen, so wird damit auf ein ziemlich weitgespanntes, differenziertes System verwiesen, nämlich auf das des Deliktsrechts. Die Möglichkeiten der Unterlassungsklage sind im Ansatz genauso vielfältig wie die des deliktischen Schadensersatzes. Um der Position der Eltern in diesem System einen Platz zu geben, ist dessen genauere Untersuchung notwendig. Dabei empfiehlt es sich, gleich auf das System des Deliktsrechts zurückzugreifen. Die Frage, in welchen Fällen Rechtspositionen des einzelnen ein repressiver wie präventiver Schutz gewährt wird, hat sich, eben wegen der mangelnden Berücksichtigung des Präventivgedankens im Gesetz, im Rahmen des Deliktsrechts entwickelt. Dabei interessiert allein § 823 BGB. In Betracht könnte theoretisch auch einmal § 826 BGB kommen, doch ergeben sich hier keine besonderen Probleme.

---

76) Vgl. Esser, S.474; Larenz II, S.480; Canaris, Lückenfeststellung, § 102, rechtfertigt das Ergebnis daher auch aus dem allgemeinen Prinzip, daß es besser ist, Schaden zu verhüten als auszugleichen.

77) Enn.-Lehmann, S.1010; Larenz II, S.479; zu den Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts s.o. § 2, 1.Kap.

Der Rückgriff auf die Systematik des § 823 BGB ist auch dann erlaubt, wenn man die Unrechtsabgrenzung hier anders vornimmt als bei der Unterlassungsklage und nicht auf die Rechtswidrigkeit abstellt, die ja von einem Sorgfaltsverstoß abhängen kann[78], sondern auf das Kriterium des "Nichtduldenmüssens".[79] Denn dieses Problem berührt nicht unsere Fragestellung, wie eine Position aussehen muß, damit sie durch eine Unterlassungsklage schützbar ist. Damit bewegt man sich ausschließlich im Rahmen des objektiven Tatbestandes, während jenes Problem eines der Rechtswidrigkeit bzw. deren Indikation ist. An der für den repressiven wie präventiven Schutz gemeinsamen Basis ändert es auch nichts, daß man beim repressiven Schutz von einem Standpunkt ex-post, beim präventiven aber ex-ante ausgehen muß.[80] Schließlich steht es dem gewählten Weg der Untersuchung nicht im Wege, wenn man mit Wiethölter in § 1004 BGB eine von §§ 823 ff. BGB verschiedene Unrechtsmaterie sieht: Der Unterschied liegt danach darin, daß beim negatorischen Rechtsgüterschutz der Einwand verkehrsgemäßer sorgfältiger Handlung abgeschnitten ist, der bei der Feststellung deliktischen Unrechts beachtlich sei.[81] Auch diese Unterscheidung ist keine des Tatbestandes, sondern der Rechtswidrigkeit bzw. deren Indikation.

II. Die einzelnen Fallgruppen des § 823 BGB

Am wenigsten problematisch ist § 823 II: Er knüpft an bestimmte Verhaltensnormen an, die sich aus der Gesamtrechts-

---

78) So eine neure Lehre; vgl. Enn.-Nipperdey, S.1295.

79) Enn.-Nipperdey, S.1297 ff.

80) Dazu, ob diese Unterscheidung tatsächlich bedeutsam ist, vgl. Münzberg, S.15; Deutsch, S.204.

81) Wiehölter, S.28 und S.54 f.

ordnung ergeben[82], von denen lediglich verlangt wird, daß sie auch dem Schutz des einzelnen dienen.[83] Als rechtswidrig wird der Verstoß gegen die Schutznorm als solcher angesehen[84], wobei allerdings teilweise zusätzlich zumindest ein objektiver Sorgfaltsverstoß gefordert wird.[85] Ein schädigender Erfolg ist jedenfalls nicht Voraussetzung des Unwerturteils.

Voller Probleme steckt dagegen § 823 I. Hier ist schon einmal str., ob die Unrechtskonzeption dieselbe ist wie in § 823 II. Ein Großteil der Lehre behauptet, daß es in beiden Bestimmungen nur um die verbindliche Umschreibung von Verhaltensnormen geht, die von allen befolgt werden müssen und an deren Verletzung das Rechtswidrigkeitsurteil anknüpft.[86] Eine andere Meinung geht davon aus, daß in § 823 I im Gegensatz zu § 823 II die Verletzung eines Rechtes oder Rechtsgutes der tragende Grund der Unrechtsbestimmung sei.[87] Das Problem kann hier jedoch auf sich beruhen. Jedenfalls ist die Technik der Unrechtsabgrenzung in § 823 I eine andere als in § 823 II.[88] § 823 I nimmt Bezug auf bestimmte Rechtsgüter und Rechte und grenzt von da her das Unrecht ab. Für rechtswidrig wird der Eingriff in diese Positionen erklärt. Nicht auf die Art und Weise der Handlung als solche, sondern auf den Erfolg allein kommt es an[89], weshalb zwischen handlungsbezogener (bei § 823 II) und rechtsgutsbezogener Rechtswidrigkeit (bei § 823 I) unterschieden wird.[90]

---

82) Deutsch JZ 63/385; Esser II, S.396; Fikentscher, S.587, S.680 ff.; Larenz II, S.435.

83) Im Einzelfall muß zusätzlich auf den sog. Rechtswidrigkeitszusammenhang geachtet werden, vgl. etwa Fikentscher, S. 681 f.

84) Fikentscher, S.682; Deutsch, S.214; Larenz II, S.435.

85) So z.B. Esser II, S.409.

86) Reinhardt Karlsruher Forum 61/17; Stoll AcP 162/211; Fikentscher, S.582 ff.; ebenso alle Anhänger der neueren Rechtswidrigkeitslehre, vgl. Larenz Festschr. f. Dölle, S.195.

87) Larenz aaO.

88) Stoll AcP 162/211; Fikentscher, S.582 f.

89) Reinhardt Karlsruher Forum 61/17.

90) Deutsch, S.214.

Weiter ist seit langem str., wie nun die Positionen beschaffen sein müssen, damit wegen ihrer Verletzung Schadensersatz nach § 823 I BGB verlangt werden kann. Es geht, da die in § 823 I genannten Rechtsgüter verhältnismäßig unproblematisch sind, um die Frage, was als sonstiges Recht zu begreifen ist. Dabei ist neben anderen Streitfragen unklar, ob man als sonstige Rechte nur solche anerkennen kann, die einen so fest umgrenzten Zuweisungsgehalt haben, daß grundsätzlich jeder Eingriff in sie als rechtswidrig anzusehen ist[91], oder ob auch solche Positionen als geschützt betrachtet werden können, denen es wie dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht jedenfalls an einem fest umgrenzten Zuweisungsgehalt fehlt.[92]

Die Anerkennung der zuletzt genannten "Rechte" als sonstige Rechte ist teilweise auf scharfen Widerstand gestoßen[93], und zutreffend wird festgestellt, daß dadurch das System des § 823 I gesprengt und praktisch Generalklauseln geschaffen wurden.[94] Bei diesen ist entweder zur Feststellung des Unwerturteils im Einzelfall jeweils eine Interessen- und Güterabwägung nötig[95], so daß offene Tatbestände vorliegen,

---

91) So Reinhardt Karlsruher Forum 61/11; Enn.-Nipperdey, S.433 nennt dies die h.M. Das war wohl auch die ursprüngliche Konzeption des Gesetzgebers. Mit der Ablehnung eines allgemeinen Deliktstatbestandes etwa nach französischem Muster wollte er eine feste Grundlage für die Rspr. ermöglichen (vgl. Mugdan, S.1267); vgl. auch v.Caemmerer, Wandlungen, S.470 ff.

92) Larenz II, S.414 ff. und 421 ff.; v.Caemmerer, Wandlungen, S.499: dem Recht am Gewerbebetrieb liegt überhaupt kein Zuweisungsgehalt zugrunde.

93) Z.T. wurde von Normerschleichung gesprochen: Lehmann, zit.nach v.Caemmerer, Wandlungen, S.498.

94) v.Caemmerer, Wandlungen, S.499; ebenso Esser II, S.405; Larenz II, S.415.

95) Fikentscher, S.652; v.Caemmerer, Die abs. Rechte, S,565 u. 567; Larenz II, S.416 und 421.

bei denen die Indikation der Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandserfüllung nicht mehr wie bei den klassischen absoluten Rechten gegeben ist. Oder man konkretisiert die Generalklauseln durch Herausarbeiten bestimmter abstrakter Fallgruppen[96], wobei sich allerdings eine Abwägung der Güter und Interessen nicht immer erübrigen würde[97], doch würde dies praktisch auf die Bildung von Verhaltensnormen i.S.d. § 823 II hinauslaufen.[98] Man mag daher schwere Bedenken gegen die dogmatische Einordnung dieser mit einer "Unschärferelation"[99] gekennzeichneten Rechte bei § 823 I haben, doch soll der Frage hier, da sie sich nicht als erheblich herausstellen wird, nicht nachgegangen werden. Fest steht, daß sich der Großteil der Lehre dieser Systemerweiterung gebeugt hat, nicht ohne ihre Bedenken kundzutun.

Danach sind zwei verschiedene Gruppen sonstiger Rechte anerkannt: Die klassischen absoluten Rechte mit ihrem relativ scharf umgrenzten Zuweisungsgehalt und die "unscharfen" Rechtspositionen, die man als "Rahmenrechte" bezeichnen kann.[100] Dagegen interessiert hier nicht die Erweiterung des Deliktssystems durch die Aufstellung sog. Verkehrssicherungspflichten im Rahmen des § 823 I[101], da damit nicht der Umfang der schutzwürdigen Positionen betroffen wird.

Es gibt also bei § 823 BGB vier Fallgruppen, wobei bei jeder die hier ja vor allem interessierende Möglichkeit einer

---

96) Vgl. Esser II, S.406 f.

97) Vgl. Larenz II, S.416.

98) Zu den Schwierigkeiten der freien Bildung von Schutzgesetzen bei § 823 II vgl. aber Fikentscher, S.584 f.

99) Fikentscher, S.652.

100) Fikentscher, S.652.

101) Vgl. dazu eingehend v. Caemmerer, Wandlungen, S.478 ff.; Fikentscher, S.589; Larenz Festschr. f. Dölle I, S.183 ff., 193 zur Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten bei der Trennung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen.

vorbeugenden Unterlassungsklage besteht. Es gibt die Rechtsgüter, die ausdrücklich aufgezählt sind, die sonstigen Rechte im engeren Sinn (die klassischen absoluten Rechte), die Rahmenrechte und die Schutzgesetze des § 823 II. Die Rechtsgüter interessieren nicht. Die Stellung der Eltern läßt sich aber möglicherweise über die anderen Fallgruppen vor Beeinträchtigungen schützen. Da die sonstigen Rechte des § 823 I umfassenderen Schutz gewähren als die einzelnen Normen, auf denen § 823 II aufbaut, soll mit der Frage begonnen werden, ob die elterliche Gewalt ein sonstiges Recht ist, wobei wegen der größeren Abgegrenztheit der Anfang mit den sonstigen Rechten im engeren Sinn gemacht wird.

3. Kapitel: Ist die elterliche Gewalt ein sonstiges Recht i.e.S.?

I. Die Gleichbehandlung von subjektiven Rechten und elterlicher Gewalt

A. Nur subjektive Rechte sind sonstige Rechte i.S.d. § 823 I BGB

Fragt man, was als sonstiges Recht i.e.S. anzusehen ist, so verweist die h.M. auf die klassischen absoluten Rechte[102], während nach einer Mindermeinung auch relative Rechte von § 823 I BGB erfaßt werden.[103] Auf jeden Fall wird aber auf das subjektive Recht verwiesen[104], so daß zu prüfen wäre,

---

102) Vgl. Larenz II, S.408; Esser II, S.395; Enn.-Lehmann, S.943; Soergel-Zeuner, § 823/33; Fabricius AcP 60/277 f.

103) So Larenz II, S.409; Stoll AcP 162/212; Boehmer, Einführung, S.283.

104) Larenz II, S.407.

ob die elterliche Gewalt ein solches Recht ist, was bestr. wird.[105]

Diesem Ausgangspunkt wird entgegengehalten, daß die Aussage, etwas sei ein subjektives Recht, im Rahmen des § 823 I BGB nichtssagend sei. Der Begriff des subjektiven Rechtes sei überhaupt eine zu weit getriebene Abstraktion.[106] Es ist richtig, daß der Begriff des subjektiven Rechtes äußerst unklar ist: es ist str., was unter ihm zu verstehen ist, aber auch schon, welcher Problemkreis mit ihm angesprochen werden soll.[107] Doch ändert das nichts daran, daß § 823 I BGB nun einmal neben Rechtsgütern nur Rechte des einzelnen, also subjektive Rechte schützen will, keine anderen Positionen[108], während der Schutz sonstiger Interessen nur über § 823 II oder eine Spezialvorschrift (§§ 824 ff.) möglich ist. Allein schon zur Abgrenzung dieser Fallgruppen ist der Begriff des subjektiven Rechtes notwendig. Ob die angebotenen Begriffsbestimmungen allerdings genügen, Grundlage der Feststellung sonstiger Rechte i.S.d. § 823 I zu sein, muß sich erst erweisen. Dazu ist eine Klärung des Begriffs des subjektiven Rechts nötig.

B. Der Begriff des subjektiven Rechtes

Wird nach dem Begriff des subjektiven Rechtes gefragt, so ist zu trennen zwischen dem Problem, ob aus bestimmten vorrechtlichen Gegebenheiten, etwa der Personenwürde, ein ganz

---

105) Vgl. Gernhuber, S.13 und Nachw. FN 1.

106) Fikentscher, S.645 f.

107) Kasper, S.123,157; vgl. dort Übersicht der angesprochenen Problemstellungen, S.126 ff.

108) Vgl. Larenz II, S.409 FN 1.

bestimmtes Verhalten der Rechtsordnung gegenüber dem Individuum gefordert werden muß, etwa daß es Zweck des Rechtes allein sei, dem einzelnen ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen[109], und der Frage, wie nun in einer konkreten Rechtsordnung die vielleicht vorrechtlich geforderte Stellung des einzelnen rein formal aussieht.[110] Allein das letztere, eine rein dogmatische Frage soll hier interessieren, da der Begriff des subjektiven Rechtes lediglich zum Verständnis des positiven Begriffes des sonstigen Rechtes in § 823 I BGB gebraucht wird. Es kann hier nicht annähernd auf alle bisherigen Lösungsversuche eingegangen werden.[111] Geprüft werden sollen vor allem die beiden heute fast ausschließlich gebrauchten Begriffsbestimmungen.

1. Das subjektive Recht als Willensmacht

Die ü.M. begreift das subjektive Recht als eine Willens- oder Rechtsmacht, die dem einzelnen zum Schutz menschlicher Interessen verliehen worden ist.[112] Diese Auffassung drückt die durch das GG aus der Menschenwürde gefolgerte Notwendigkeit[113] aus, dem einzelnen zur eigenverantwortlichen Selbstentfaltung einen Freiheitsraum zu gewähren. Die Fassung subjektiver Rechte als Willensmacht kann jedoch nicht befriedigen. Wird der Wille im psychologischen Sinn verstanden[114], so ergeben sich Schwierigkeiten bei Kindern und Geisteskranken, die das Gesetz unterschiedslos als rechts-

---

109) Vgl. Kasper, S.126 f., 132 f., 133 ff. mit Beispielen rechtsphilosophischer Darlegungen; vgl. auch die Hervorhebung der Menschenwürde in Art.1 I GG.

110) Vgl. Kasper, S.127 f. und zu modernen Lösungsversuchen S. 137; aber auch S. 129 ff.

111) Vgl. eingehend Kasper, S.51 ff.,132 ff.

112) Enn.-Nipperdey, S.428; Lehmann-Hübner, S.83 ff.; Fikentscher, S.21 f.; vgl. auch Larenz AT, S.216 und Kasper, S.7 mit weiteren Nachw.

113) § 4, 1.Kap., I. B 2c bei FN 35.

114) Vgl. Larenz AT, S.216 und Methodenlehre, S.30 f., 41 f.

fähig ansieht (§ 1 BGB), die aber zur entsprechenden Willensbildung nicht fähig sind.[115] Zwar kann ihnen die Willensbildung, welche die gesetzlichen Vertreter in ihrem Namen vornehmen, zugerechnet und als von ihnen selbst vorgenommen gedacht werden[116], doch wird mit dieser Fiktion eben nicht die tatsächliche Lage auch der Handlungsunfähigen beschrieben.[117]

Aber auch sonst werden die subjektiven Rechte durch eine Umschreibung als Willensmacht nicht richtig definiert[118]: Faßt man z.B. die Herrschaftsrechte als die Rechtsmacht, auf ein bestimmtes Objekt unmittelbar einzuwirken und Dritte auszuschließen[119], so zeigt sich, daß damit die Stellung etwa des Eigentümers nur unzureichend gekennzeichnet ist. Diese bedeutet nicht, daß eine solche Macht dem Eigentümer tatsächlich zukommt, sondern nur, daß sie ihm von Rechts wegen zukommen sollte.[120] Mit den subjektiven Rechten soll aber die Stellung, die der einzelne hat, gekennzeichnet werden, nicht die, die ihm zukommen soll. Auch die Ansprüche[121] sind mit einer Willensmacht nicht richtig umschrieben: Sie bestehen unabhängig vom Willen des Inhabers.[122] Willensmacht kann also hier nur die Macht zur Durchsetzung der Rechtsposition bedeuten. Vielfach wird daher auch ein subjektives Recht immer dann angenommen, wenn der Rechtsschutz

---

115) Vgl. bereits Hölder, S.118 ff.,120,123. Seine Ansicht, Handlungsunfähige seien daher nicht Rechtsträger, widerspricht aber dem § 1 BGB: Enn.-Nipperdey, S.478 FN 6; Habscheid FamRZ 57/110.

116) Vgl. Enn.-Nipperdey, S.478 FN 6.

117) Vgl. Larenz AT, S.131 FN 3.

118) Vgl. eingehend Kasper, S.11 f.

119) Enn.-Nipperdey, S.440; Lehmann-Hübner, S.87.

120) Das Eigentum geht durch Verlust der Sache nicht verloren.

121) Vgl. Kasper, S.21 ff.

122) Anders aber Bucher; vgl. dazu u. § 4, 3.Kap., I B 2.

(wohl im weiten Sinn der Normdurchsetzung verstanden) vom Willen des Berechtigten abhängt.[123] Das subjektive Recht ist aber mit dem bloßen Hinweis auf den Rechtsschutz weder vollständig, noch im Kern richtig erfaßt.[124] Es interessiert die Stellung, die geschützt, das Recht, das durchgesetzt werden soll.[125] Diese Stellung läßt sich aber nicht als bloßer Reflex der Durchsetzungsmöglichkeit begreifen, genauso wenig, wie als Reflex der anderen Personen auferlegten Pflichten[126]: Die positive Seite der Berechtigung trägt ihren eigenen Wert in sich, mag sie auch nur existieren können in Verbindung mit der Auferlegung von Pflichten an andere, deren Einhaltung der Rechtsinhaber durchsetzen kann. Der Eigentümer unterscheidet sich vom Besitzer einer herrenlosen Sache nicht nur dadurch, daß Dritte von der Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen sind und der Eigentümer das durchsetzen kann. Vielmehr ist dem Eigentümer auch eine positive Berechtigung gegeben, wie § 903 BGB deutlich macht, der gegenüber der Ausschluß Dritter nur eine dienende Funktion hat.[127] Die Definition der subjektiven Rechte als Willens- oder Rechtsmacht kann daher nicht befriedigen.[128]

2. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis

Gleiches gilt auch für die neuere Lehre E. Buchers, durch welc' die Fassung des subjektiven Rechts als Willensmacht

---

123) So Fikentscher, S.21 f.; Lehmann-Hübner, S.81; zur Ansicht Windscheids vgl. Larenz, Methodenlehre, S.30 f.; zu den Ansichten von Nawiasky und Kelsen vgl. Darstellung und Kritik bei Kasper, S.142 f.

124) Larenz AT, 216 f.; v.Caemmerer, Wandlung, S.459 f.; der Gedanke mag seine Wurzel im aktionenrechtlichen Denken haben, das nach de Boor, S.8, das Privatrecht im Hinblick auf den Zivilprozeß, Klage und Urteil sieht; vgl. kritisch zu diesem Denken Larenz II, S.481.

125) Larenz AT, S.216 f.

126) So aber die folgerichtige Anwendung der Imperativentheorie; vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S.182 ff. und Festschr.f.Engisch, S.150 ff., sowie unten § 4, 3.Kap.,VII,B 2.

127) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.31,183,485 und Festschr.f. Engisch, S.158 ff.

in einer speziellen Richtung weiterentwickelt wurde.[129] Bucher sieht als Normen nicht nur die generell-abstrakten Gesetzesvorschriften, sondern auch die individuellen Befehle[130], die sich im Einzelfall an eine bestimmte Person richten.[131] Da eine Norm die gleiche logische Struktur habe wie ein menschlicher Willensinhalt[132], sei sie ohne normsetzendes Subjekt nicht denkbar.[133] Ein solches könne aber nicht nur der Gesetzgeber im engeren Sinn sein, sondern auch jedes Individuum.[134] Das subjektive Recht sei nun eben diese im bestimmten Rahmen an den einzelnen delegierte Befugnis, individuell-konkrete Normen zu schaffen.[135] Eine solche Normsetzung erfolge durch Äußerung des Willens gegenüber dem potentiell Verpflichteten (Anspruchserhebung).[136] Eine Pflicht entsteht dann konsequenterweise auch erst mit dieser Anspruchserhebung.[137]

Gegen diese Lehre sprechen nun einmal die Gesichtspunkte, die oben generell gegen die Fassung der subjektiven Rechte als Willensmacht vorgebracht wurden. Auch hier können subjektive Rechte Unmündiger nur durch eine Fiktion erfaßt werden.[138] Zum andern macht der Hinweis darauf, daß eine aktuelle Pflicht erst mit Anspruchserhebung durch den Berechtig-

---

128) Zur Frage, ob Gestaltungsrechte richtig als Willensmacht erfaßt werden können, vgl. Kasper, S.27 ff.

129) Vgl. auch die Darstellung und Kritik dieser Lehre bei Kasper, S.143 ff. Auf die Lehre Buchers soll hier deshalb ausführlicher eingegangen werden, weil seine generelle Fassung der subjektiven Rechte dem Ergebnis der eigenen Untersuchungen bez. der elterlichen Gewalt gleicht; vgl. u. § 4, 5.Kap. II und III.

130) Bucher hält Normen für Sollenssätze (Imperative) vgl.S.42f

131) Bucher, S.49; so auch Adomeit, S.18 bei FN 27.

132) Bucher, S.44 f.

133) Bucher, S.45 f.

134) Bucher, S.48

135) Bucher, S.55 f.

136) Bucher, S.66 ff. (68).

137) Bucher, S.57 f.; dem subjektiven Recht, eine Norm zu setzen, entspricht nur eine potentielle Pflicht (S.61 f.)

138) Bucher,S.103; kritisch dazu zu Recht Kasper, S.152; vgl. § 4, 3.Kap., I B 1. bei FN 114 ff.

ten entstehe und auch nur bestehen bleibe, solange der dadurch geschaffene Zustand[139] aufrecht erhalten werde, deutlich, daß der Rechtsschutz i.S.d. Normdurchsetzung einseitig in den Vordergrund geschoben wird. Nur von diesem Gesichtspunkt aus erscheint es sinnvoll, zwischen aktueller Pflicht nach Anspruchserhebung und nur potentieller Pflicht vorher zu unterscheiden.[140]

Aber auch sonst enthält die Lehre Buchers Ansatzpunkte für eine Kritik. So nimmt Bucher an, daß die Rechtsordnung vielfach die Vermutung enthält, daß der Berechtigte sein subjektives Recht in bestimmter Weise ausgeübt, eine Norm gesetzt hat.[141] Die bei den absoluten Rechten gegebene Möglichkeit, die Vermutung umzustoßen (Einwilligung), etwa zeige, daß der Wille des Berechtigten maßgeblich ist.[142] Wenn im Normalfall das Gesetz für die Normgeltung aber gerade nicht auf einen tatsächlich geäußerten Willen abstellt, erscheint diese Konstruktion ein unnötiger Umweg. Näher liegt die Annahme, den Ausnahmefall der Einwilligung als solchen zu behandeln und mit der h.M. davon auszugehen, daß der Gesetzgeber ohne Umweg über den Willen des Berechtigten bestimmte Normen aufstellt, mit dem Vorbehalt, daß die Norm nicht gelte, wenn der Berechtigte einen bestimmten Willen äußere (Einwilligung).[143] Die richtige Erkenntnis, daß ein entgegenstehender Wille im Ergebnis die Normgeltung aus-

---

139) Bucher, S.72 ff.

140) Nur so läßt sich z.B. die Behauptung, der Gläubiger könne einseitig auf seine Forderung verzichten (vgl. Bucher, S.58) halten angesichts der eindeutigen Regelung des § 397 BGB.

141) Bucher, S.68 ff.

142) Bucher, S.70.

143) Ebenso Adomeit, S.30. Dazu, daß das Vorgehen Buchers auch im Bereich der relativen Rechte unzweckmäßig ist, vgl. wieder Adomeit aaO. Zu dem mißverständlichen Wortlaut des § 903 BGB, der nicht von einem Ausgeschlossensein, sondern nur von dem Recht des Eigentümers auszuschließen spricht, vgl. eingehend Kasper, S.18 f. FN 53.

schließen kann, nötigt nicht zu der Annahme, daß für jede Normgeltung der positive Wille des Berechtigten erforderlich ist.[144]

3. Das subjektive Recht als Zuordnung

Es bleibt die Frage, wie nun das subjektive Recht zu begreifen ist. Eine im Vordringen befindliche Ansicht sieht in ihm die Zuordnung eines Gutes an ein Individuum.[145] Rein dogmatisch vermag dieser, allerdings sehr abstrakte Begriff[146] alle Fälle des subjektiven Rechtes zu erfassen, ohne auf die Schwierigkeiten zu stoßen, denen man bei der Umschreibung der subjektiven Rechte als Willensmacht begegnet.

---

144) Kritisch ist weiter anzumerken: Als Normsetzung ist auch und gerade das Rechtsgeschäft anzusehen: Sein Charakteristikum ist es, daß eine rechtliche Wirkung eintritt, eben weil sie als gewollt geäußert wurde (vgl. z.B. Larenz AT, S.339). Buchers Ablehnung dieser Auffassung (S.74 f.) überzeugt nicht: Selbst wenn es ein "grundlegender struktureller Unterschied" (S.75) ist, ob eine Normsetzung widerruflich ist oder nicht (Ob tatsächlich zwischen dem beim Rechtsgeschäft möglichen actus contrarius (S.75) und der Normänderung durch den Normsetzungsbefugten bei der Ausübung subjektiver Rechte i.S. Buchers (S.73) ein so wesentlicher Unterschied besteht, ist allerdings zweifelhaft): Am Akt der Normsetzung selbst ändert sich jedenfalls nichts. Es könnten nur verschiedene Arten der Normsetzungsbefugnis unterschieden werden. Sieht man auch das Rechtsgeschäft als Normsetzung, so muß man auch die Befugnis, Rechtsgeschäfte vorzunehmen, als Normsetzungsbefugnis ansehen. Diesen Schritt tut Adomeit, der das Gestaltungsrecht als Normsetzungsbefugnis begreift (S.31 o.) und zwar unter wesentlicher Erweiterung des Begriffes generell als "Kompetenz zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts" (S.23). Zur Privatautonomie als subjektives Recht vgl. weiter Adomeit, S.10 ff.

145) v.Caemmerer, Wandlungen, S.480; Larenz AT, S.217; Westermann, Sachenrecht, S.7 ff.; Mestmäcker JZ 58/523 f.; Reinhardt Karlsruher Forum 61/6; Esser, Einführung, S.151, sieht in der Zuordnung ein Moment des subjektiven Rechts; für seine Definition als Bestimmungsrecht gilt aber dasselbe wie für die Fassung als Willensmacht.

146) Vgl. Kasper, S.140.

Vor allem wird dadurch, daß mit der Zuordnung eines Gutes die für den Betroffenen positive Seite seiner Rechtsstellung in den Vordergrund gerückt wird, die Unzulänglichkeit vermieden, die sich ergibt, will man das subjektive Recht vom Rechtsschutz oder den Pflichten anderer her begreifen. Diesen Momenten kommt nun eine mehr sekundäre Bedeutung zu, eben die Zuordnung mit zu ermöglichen oder zu schützen. Aus dieser ergänzenden Funktion des Rechtsschutzes, hier wieder als Normdurchsetzung verstanden, folgt, daß das subjektive Recht bereits außerhalb des Normbereichs seiner Durchsetzung eine, ja seine eigentliche Bedeutung entwickelt.

Ein subjektives Recht wird als Zuordnung nun aber nur dann richtig erfaßt, wenn die Zuordnung im Interesse des jeweiligen Berechtigten erfolgt. Unter Interesse ist dabei nicht das subjektive Interesse des Befugten im Einzelfall zu verstehen. Angesprochen ist vielmehr die Grundwertung der Rechtsordnung, daß jeder Mensch als Person einen eigenen Wert an sich hat, der nicht erst aus dem Wert anderer oder der gesamten Gemeinschaft abgeleitet werden müßte.[147] Ganz bestimmte, generell gegebene tatsächliche Interessen des einzelnen letztlich an freier Entfaltung seiner Persönlichkeit, die von der Rechtsordnung als wertvoll angesehen werden[148], werden deshalb unmittelbar geschützt. Der Schutz für den einzelnen ergibt sich nicht erst reflexartig aus Regeln, die primär das Interesse der Gesamtheit oder auch nur einzelner anderer Menschen im Auge haben: Der einzelne wird selbst unmittelbar begünstigt, er ist unmittelbarer

147) Vgl. Art.1 I GG; sowie Larenz AT, S.56 ff.
148) Vgl. Hubmann, S.120 f.

Bezugspunkt der Rechtsordnung.[149] Von einer Zuordnung kann daher nicht gesprochen werden, wenn im Vordergrund einer Regelung der Schutz der Allgemeinheit steht, wie dies etwa beim Schutz der Institutionen der Fall ist[150]: Selbst wenn hier der einzelne eigene Befugnisse erhält, so wird er doch nur als "Funktionär der Gesamtrechtsordnung" tätig.[151] Gleiches gilt auch, wenn durch eine Regelung primär das Interesse einer anderen als der mit gewissen Befugnissen ausgestatteten Person geschützt wird. Letztere kann man dann als Amtsträger bezeichnen.[152] [153]

Die Definition des subjektiven Rechts als Zuordnung eines Gutes an einen Menschen zum unmittelbaren Schutz seiner Interessen zeigt sich auch als geeignet, zur Abgrenzung von § 823 I und § 823 II BGB mit beizutragen: Wie oben betont, weist das Moment der Zuordnung darauf hin, daß das subjektive Recht außerhalb des Bereiches deliktischen Schutzes seine eigentliche Bedeutung entfaltet. Damit ist ein Merkmal ange-

---

149) Vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S.484: "Das subjektive Recht ist ... das der Person, und zwar zunächst einmal: um ihrer selbst willen ... Zukommende". Die Parenthese wird als Hinweis darauf verstanden, daß sich aus dem Schutz individueller Interessen auch positive Auswirkungen auf die Gesamtgemeinschaft ergeben können, die der Gesetzgeber bei der Verleihung eines subjektiven Rechtes mit im Auge hat.

150) Vgl. dazu allgemein Raiser, Institutionenschutz, S.145 ff.; Löwisch, S.122 ff.

151) Raiser aaO., S.159.

152) Vgl. ähnlich etwa für die Familienrechte Müller-Freienfels, Vertretung, S.179 f. (zustimmend Habscheid FamRZ 57/111) und ders., Ehe, S.234, der aber ein bes. öffentliches Verhältnis des Amtsträgers zum Staat annimmt (Vertretung, S.179); vgl. dazu richtig Reuter, S.93 ff.: Dem ist jedenfalls bez. der Eltern nicht zu folgen.

153) Es ist letztlich eine terminologische Frage, ob man das Merkmal des primären Interessenschutzes des Berechtigten als Kriterium subjektiver Rechte neben der Zuordnung fassen will oder als Merkmal der Zuordnung selbst, wie es im Text geschieht.

sprochen, das die subjektiven Rechte von den übrigen, nach § 823 II geschützten Positionen unterscheidet.[154] Zum anderen wurde eine Abgrenzung zum Institutionenschutz vorgenommen, der ebenfalls über § 823 II erfolgt.[155]

C. Folgerungen für die elterliche Gewalt

Auf dieser Grundlage ist nun zu prüfen, ob die Rechtsstellung der Eltern gegenüber ihren Kindern als ein subjektives Recht anzusehen ist. Die Stellung der Eltern ist eine Zuordnung eines Gutes an sie. Sie hat ihre Bedeutung außerhalb des Normkreises ihrer Durchsetzung, wie die §§ 1626 ff. BGB deutlich machen. Das Rechtsschutzproblem ist allein in § 1632 BGB angesprochen, der eindeutig nur eine dienende Funktion gegenüber der durch die vorhergehenden Vorschriften gekennzeichneten Position der Eltern hat. Ein subjektives Recht könnte deshalb nur dann nicht vorliegen, wenn die Stellung der Eltern nicht der Befriedigung eigener Interessen dient.

Wie oben festgestellt wurde[156], haben die Eltern ein weitgehendes Interesse daran, das Wohl der Kinder zu fördern. Sie sind deshalb daran interessiert, daß in dem Bereich, in dem objektive Interessen des Kindes nicht erkennbar sind, ihre Vorstellungen und nicht die anderer maßgeblich werden. Insoweit dient die Position der Eltern gegenüber ihren Kindern der Befriedigung eigener Interessen.

Daneben erfüllt die Rechtsstellung der Eltern aber auch andere Funktionen: Es bleibt der rein fremdnützige Zweck, die

---

154) Reinhardt Karlsruher Forum 61/6.
155) Vgl. Raiser, Institutionenschutz, S.158 ff.
156) S. zu folgendem o. § 4, 1.Kap., I. B 2.

Kinder zur Mündigkeit zu führen, um dessetwillen die Eltern auch nicht auf ihre Rechtsstellung verzichten können, deren Ausübung nicht verweigern dürfen. Es ist aus diesem Grund der elterlichen Gewalt der Charakter eines subjektiven Rechts abgesprochen und nur eine organisatorische Zuständigkeit[157] oder ein reines Amt angenommen worden.[158] Damit wird aber wieder das Eigeninteresse der Eltern an ihren Kindern unberücksichtigt gelassen, das etwa dem Vormund oder dem staatlichen Fürsorger regelmäßig fehlt.

Es mag sein, daß die Position der Eltern als deren subjektives Recht nicht vollständig erfaßt werden kann. Denn neben den Interessen der Eltern sollen auch die der Kinder geschützt werden, was man mit dem Begriff des "Pflichtrechts" zu umschreiben versucht hat.[159] Entscheidend ist aber für unsere Frage nach dem Deliktsschutz, daß die elterliche Gewalt a u c h der Durchsetzung selbständig schützbarer Elterninteressen dient, nämlich dort, wo die Entscheidungen der Eltern maßgeblich sind. Insoweit ist die Stellung der Eltern wie die "reinen" subjektiven Rechte zu behandeln. Für eine Unterscheidung besteht kein Anlaß.[160]

II. Die Absolutheit subjektiver Rechte

Ist festgestellt, daß die Rechtsstellung der Eltern insoweit, als deren Entscheidungen maßgeblich sind, jedenfalls den subjektiven Rechten gleich zu behandeln ist, so bedeutet

---

157) Esser, Einführung, S.154 f.

158) Vgl. o. bei FN 152; sowie Dölle II, S.136: "fast ein Amt".

159) S.o. § 4, 1.Kap., I. B 1 bei FN 15.

160) Esser (vgl. FN 157) nimmt daher auch an, daß die elterliche Gewalt unter die sonstigen Rechte des § 823 I BGB fällt: Esser II, S.404.

das noch nicht ohne weiteres, daß die elterliche Gewalt auch als ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB angesehen werden kann. Bis heute ist bestr., ob jedes subjektive Recht ein solches "sonstiges Recht" ist und, wenn dies anzunehmen ist, in welchem Umfang ihm ein Schutz zukommt. Selbst über den Weg, der zur Lösung dieser Fragen führt, besteht keine Einigkeit. Die h.M. subsumiert unter § 823 I nur Rechte mit Absolutheit[161], worunter die Wirkung eines Rechtes gegenüber jedermann verstanden wird[162], die Verletzbarkeit des Rechtes durch jeden Dritten. Ob ein bestimmtes Recht eine solche Absolutheit hat, bestimmt sich nach den Regeln über dieses Recht selbst. Aus der Regelung des Eigentums etwa - sieht man einmal von seiner ausdrücklichen Nennung in § 823 I ab - ergibt sich, daß dieses Recht Wirkung gegenüber jedermann zukommt (vgl. §§ 903, 985, 1004 BGB). Aus der Summe dieser Bestimmungen ist ableitbar, daß bestimmte, hier nicht näher zu umschreibende, Eingriffe Dritter in das tatsächliche Interesse des Eigentümers als gegen den Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechtes gerichtet und damit als rechtswidrig angesehen werden müssen. Die Funktion des § 823 I BGB erschöpft sich dann darin, an dieses rechtswidrige Verhalten die Verpflichtung zum Schadensersatz anzuknüpfen, wenn die Verletzung schuldhaft begangen wurde.[163] Der Begriff der sonstigen Rechte in § 823 I ist insoweit ausfüllungsbedürftig

---

161) Vgl. Enn.-Lehmann, S.943; Soergel-Zeuner, § 823/33; RGRK-Haager, § 823/20; Fikentscher, S.649.

162) Enn.-Nipperdey, S.433; Haager aaO.; Fikentscher aaO.; Fabricius AcP 160/277. Das bei Nipperdey angeschnittene Problem, ob Absolutheit auch generellen Schutz bedeutet, bedarf hier keiner Lösung: es ist allein bei den sog. Rahmenrechten interessant; vgl. Fabricius aaO., FN 12 und S.296.

163) Bezeichnend für diesen Standpunkt die Ablehnung der Ansichten von Fabricius durch Larenz II, S.409 FN 1; vgl. dazu Löwisch, S.14 f.

Er ist in vollem Umfang auszufüllen durch außerdeliktische Vorschriften.[164]

Einen anderen Standpunkt nimmt in jüngster Zeit Löwisch ein.[165] Auch nach ihm läßt sich der Schutzgegenstand des § 823 I im Ansatz nur aus der jeweiligen Regelung des subjektiven Rechtes entnehmen, aus dem Inhalt der jeweiligen Zuordnung: Aus ihr ergibt sich, "welche Befugnisse das Recht seinem Inhaber gewährt und wo er infolgedessen durch eine Handlung überhaupt beeinträchtigt werden kann".[166] Mit dieser Beeinträchtigung meint Löwisch aber, wie der Gesamtzusammenhang ergibt, jede Verletzung der mit einem Recht verbundenen tatsächlichen Interessen.[167] Die entscheidende Frage ist damit, welche Verletzung tatsächlicher Interessen dann als Verletzung des Rechts i.S.d. § 823 I anzusehen ist. Dies lasse sich nicht aus den Regeln über das jeweilige Recht beantworten, da dort regelmäßig darüber keine Aussagen enthalten sind. Hier müsse vielmehr auf § 823 I selbst zurückgegriffen werden.[168] Im Gegensatz zur zuerst genannten Auffassung ergibt sich hier somit das Rechtswidrigkeitsurteil aus § 823 I selbst.[169] Löwisch sieht grundsätzlich alle mit einem Recht verbundenen tatsächlichen Interessen als schützbar an[170], was seinen Grund wohl eben wieder darin hat, daß § 823 I als für den Schutz gegenüber Dritten

---

164) Stoll AcP 162/211; das hat aber nichts mit der generalklauselartigen Ausweitung des Begriffs durch die Anerkennung der Rahmenrechte als sonstige Rechte zu tun.

165) Ähnlich im Ansatz aber auch Fabricius AcP 160/273 ff.

166) Löwisch, S.37.

167) Hier decken sich die Ansätze von Löwisch und Fabricius: verletzt werden können nur die mit einem Recht tatsächlich verbundenen Interessen (Fabricius AcP 160/279 f.).

168) Löwisch, S.14.

169) Bei den in § 823 I genannten Rechtsgütern dürfte das wohl auch die h.M. sein.

170) S.36.

maßgebliche Norm einen generellen Rechtsschutz vorsieht. Im Rahmen des § 823 sind dann aber auch die Kriterien für die Haftungsbegrenzung zu finden[171], die im Interesse des potentiellen Verletzers, letztlich überhaupt des allgemeinen Rechtsverkehrs notwendig ist. Löwisch knüpft dazu nun eben nicht an den Schutzgegenstand des § 823 I an, sondern versucht diese Kriterien durch eine bestimmte Qualifikation der Handlungen, die die Schadensersatzpflicht auslösen, herauszuarbeiten.[172] Entscheidend sei danach grundsätzlich, ob eine Handlung nach ihrem objektiven Sinngehalt oder nach ihrer subjektiven Zielsetzung gegen das Recht, und das muß hier heißen, gegen die mit dem Recht verbundenen tatsächlichen Interessen gerichtet ist[173]: Ist eine solche Beeinträchtigung Zweck der Handlung, so entsteht ein Schadensersatzanspruch, wenn sie schuldhaft begangen wurde. Etwas anderes soll nur bei der Beeinträchtigung eines Rechtes gelten, das ein körperliches Rechtsobjekt hat: Hier führe auch jede fahrlässige Substanzverletzung, die nicht vom Zweck der Rechtsbeeinträchtigung getragen werde, zur Schadensersatzpflicht.[174]

Mag man die von Löwisch gefundenen Ergebnisse durchaus als billig empfinden, seinem Vorgehen kann nicht gefolgt werden[175]: Ob und in welchem Umfang ein Recht Wirkungen gegen-

---

171) Vgl. Löwisch, S.9.

172) Fabricius aaO. (FN 165) dagegen hält die "sozialtypische Offenkundigkeit" der mit einem Recht tatsächlich verbundenen Interessen für das Kriterium, das über die Schützbarkeit im Rahmen des § 823 I entscheidet; dagegen ausführlich Löwisch, S.41 ff.; vgl. auch o. FN 163.

173) Löwisch, S.59 ff.

174) Löwisch, S.95 ff. (98 f.).

175) Dem bedeutsamen Hinweis Däublers (FamRZ 70/615 l.Sp.), "daß dem Ausschluß der Forderungen vom Schutz des § 823 I gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommen dürfte", soll hier nicht nachgegangen werden. Däubler stimmt Löwisch vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus zu (aaO., S.615), meldet aber methodische Bedenken an (S.616).

über jedem Dritten entfaltet, ist aus den Regeln über das Recht selbst, nicht aus § 823 I zu entnehmen. Die Absolutheit eines Rechts gehört zu dessen jeweiligem Inhalt, sie ist Bestandteil der Zuordnung und kann jeweils verschieden ausfallen. Das zeigt Löwisch selbst deutlich bei den Rechten, welche ein körperliches Rechtsobjekt haben: bei ihnen ist der Schutzumfang größer als bei anderen Rechten. Auch hält er es durchaus für notwendig zu klären, ob etwa bei einer Miete die Sache dem Mieter ähnlich zugeordnet ist wie dem Eigentümer derart, daß auch dem Mieter dieser verstärkte Schutz der Sachenrechte zukommt.[176] Neben dieser Erhöhung des Schutzes kann es aber auch eine Verminderung geben. So ließe sich gegen das Recht des Gläubigers auf "obligationsgemäße Willensrichtung" des Schuldners[177], das durch einen Dritten, etwa durch Verleitung zum Vertragsbruch verletzt werden könnte[178], z.B. folgendes vorbringen: Nach dem Grundgedanken der relativen Rechte ist der Gläubiger für das Erlangen der Leistung grundsätzlich allein an die Person des Schuldners verwiesen. Von ihm soll eine bestimmte Willensrichtung erbracht werden. Gelingt dies nicht, so können gegen ihn Maßnahmen ergriffen werden. Außerdem sind Sanktionen angedroht. Dabei ist es ohne Bedeutung, aus welchen Gründen der Schuldner seine Leistung nicht erbringt, ob aus eigenem Antrieb oder weil ihn ein Dritter dazu veranlaßt hat: Ähnlich wie die Chance, im Wege der Zwangsvollstreckung eine Befriedigung zu erlangen, von der Vermögenslage des konkreten Schuldners abhängt, ebenso hängt die Chance, daß der Schuldner einen obligationsgemäßen Willen bildet, jedenfalls auch von seiner Willensfestigkeit ab. Ebenso ist nur die Sphäre

---

176) Vgl. Löwisch, S.37.

177) Koziol, S.152 ff.; Löwisch, S.37.

178) So Koziol, S.159; Löwisch, S.39; a.A. Larenz I, S.15 FN 4.

des Schuldners betroffen, wenn dieser in seiner Willensfreiheit von Dritten beeinträchtigt wird: Es genügt hier, diese zu schützen.[179] Wie immer man zu diesen Überlegungen stehen mag, an ihnen wird jedenfalls klar, daß die Frage, ob und wieweit den relativen Rechten eine Absolutheit eigen ist, aus den spezifischen Gegebenheiten des jeweiligen subjektiven Rechtes, und das bedeutet eben aus den jeweiligen Regeln über das relative Recht selbst, nicht im Rahmen des § 823 I BGB zu beantworten ist.[180] Dort ist auch die notwendige Abgrenzung zwischen der Schutzwürdigkeit des Rechtsinhabers und dem Interesse der Allgemeinheit an Haftungsbegrenzung vorzunehmen. Das Vorgehen Löwischs, jedes mit einem Recht verbundene subjektive Interesse gegen zielgerichtete Eingriffe zu schützen, wird dem individuellen Charakter der einzelnen Arten von Rechten nicht gerecht.

Nun mag es richtig sein, und das hat wohl vor allem Löwisch zu seinem Vorgehen bewogen[181], daß das BGB wenig unmittelbare Anhaltspunkte dafür gibt, ob und in welchem Umfang etwa den relativen Rechten Absolutheit zukommt. Man ist hier tatsächlich auf sehr grundsätzliche Überlegungen angewiesen und wird hier einen verhältnismäßig weiten Entscheidungsspielraum haben. Das Heranziehen des § 823 ergibt aber auch keinen konkreteren Anhaltspunkt für die Lösung der anstehenden Fra-

---

179) Einen Ausgleich für den Gläubiger könnte man durch Ausdehnung des § 281 BGB schaffen; vgl. dazu aber Löwisch, S.143 ff.

180) So bringt Löwisch selbst (S.39 f.) unabhängig von § 823 Gründe für den Schutz relativer Rechte über den Schutz der Zuständigkeit hinaus vor.

181) S.14 f.

gen.[182] So muß Löwisch die Annahme, jedes Recht sei gegen zweckgerichtete Beeinträchtigung geschützt, auch auf sehr allgemeine Überlegungen stützen.[183] Sucht man die Lösung im Rahmen der Regeln, welche die einzelnen Rechtsarten umschreiben, so hat man wenigstens in deren Struktur einen gewissen Anhaltspunkt. Der oben geschilderten h.M. ist somit der Vorzug zu geben.[184]

---

182) Denkbar wäre ein Anknüpfen an das in § 823 I genannte Eigentum: das relative Recht wird geschützt, soweit die Lage bei ihm mit der des Eigentumsrechtes vergleichbar ist; vgl. v.Caemmerer, Bereicherung, S.231 f.; Larenz I, S.391 f.; sowie Hinweis auf Medicus bei Löwisch, S.40 bei FN 41. Und selber hier liegt es näher, die Anknüpfung nicht bei § 823 I vorzunehmen, sondern bei den Regeln über das Eigentum, aus denen dessen Absolutheit zu entnehmen ist (vgl. o. nach FN 162). Die Nennung sonstiger Rechte neben dem Eigentum in § 823 I kann allerdings ein wesentlicher Anhaltspunkt für die Berechtigung einer solchen Analogie sein.

183) Vgl. Löwisch, S.66. Gegen den Satz, daß von zielgerichteten Handlungen stärkere Gefährdungen ausgehen, mag man zudem einwenden: Steht in § 823 I der Schutz der Rechtsguter im Vordergrund, so ist es für das Interesse des Rechtsinhabers an Schadensausgleich doch eigentlich gleichgültig, ob die Verletzung des Rechts zielgerichtet war oder nicht.

184) Als möglicherweise gegen Löwisch sprechend sei noch folgendes hervorgehoben: Für den weiten Bereich der rein "negativen Eingriffe" (S.84 ff.) ist zur Feststellung des Handlungszweckes regelmäßig ein Zurückgreifen auf die subjektive Zielrichtung notwendig (S.87). Es muß also bereits vor der Schuldprüfung an ein finales Element angeknüpft werden. Abgesehen von den Bedenken, die gegen ein solches, der neueren Rechtswidrigkeitslehre entsprechendes Vorgehen vorzubringen sind (vgl. dazu näher u. § 4, 3.Kap., VII.), stellt sich die Frage, ob nicht doch hiermit in einem weiten Bereich praktisch die in § 823 vorgenommene Gleichstellung der Schuldformen aufgehoben und der Bereich der Haftung für "vorsätzliches" Tun ausgeweitet wird. Daß Finalität und Vorsatz i.S.d. § 823 sich nicht decken, ändert daran nicht unbedingt etwas, da die Finalität doch wohl das tragende Element der Schuldform "Vorsatz" bleibt (vgl. dazu aber Löwisch, S.68 ff.).

III. Die Möglichkeit einer Absolutheit der elterlichen Gewalt

Somit ist erkannt, daß die Absolutheit eines Rechtes und damit die Möglichkeit zur Subsumtion unter § 823 I BGB aus den jeweiligen Regeln über das spezielle Recht selbst zu entnehmen ist. Nachdem weiter gesehen wurde, daß die elterliche Gewalt den subjektiven Rechten gleich zu behandeln ist, stellt sich die Frage, ob jedes subjektive Recht eine Absolutheit besitzen kann, oder ob dies nur bei einer bestimmten Art von subjektiven Rechten möglich ist, wobei dann geprüft werden müßte, ob die elterliche Gewalt darunter fällt.

Hier besteht Streit. Eine überwiegende Meinung nimmt an, daß nur absolute Rechte sonstige i.S.d. § 823 I BGB sein können[185], wobei die absoluten Rechte als Gegensatz zu den relativen verstanden werden.[186] Letztere könnten, da sie nur gegenüber bestimmten Personen wirken, ihnen also die Absolutheit fehle, nicht unter § 823 I fallen.[187] Die elterliche Gewalt könnte danach nur dann als sonstiges Recht anerkannt werden, wenn sie kein relatives Recht ist.

Die h.M. sieht nun im Elternrecht ebenso wie in anderen Familienrechten - z.B. dem Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft - ein zugleich absolutes und relatives Recht.[188]

---

185) Vgl. Fikentscher, S.649; Soergel-Zeuner, § 823/33; RGRK-Haager, § 823/20; Enn.-Lehmann, S.943.

186) Zur historischen Bedingtheit dieses Begriffspaares vgl. Löwisch, S.18 ff.

187) Enn.-Lehmann, S.943; Fikentscher, S.651; Enn.-Nipperdey, S.471.

188) Gernhuber, S.14 f.; Dölle, I, S.9; Enn.-Nipperdey, S.471; Staud.-Donau, § 1626/2; Soergel-Lange, 4 vor § 1297; Oertmann AcP 123/134 und 155; ältere Literatur vgl. Nawiasky, S.9 FN 24.

Gegen diese Fassung der Familienrechte wendet sich E.Wolf[189]: Die Annahme, ein Recht könne sowohl relativ wie absolut sein, verstoße gegen den Satz vom ausgeschlossenen Dritten: Ein Recht könne nur entweder relativ oder absolut sein. Da die Familienrechte aber ohne Zweifel eine relative Wirkung entfalten, könnten sie nicht unter die sonstigen Rechte des § 823 I fallen.

Wolf liefert jedoch keinen Nachweis für einen ausschließenden Gegensatz absoluter und relativer Rechte. Von ihm ist man allerdings früher jedenfalls teilweise ausgegangen[190] und auch heute spielt er bei der Ablehnung der Absolutheit relativer Rechte eine gewisse Rolle. Es geht jedoch nicht an, auf Grund rein begrifflicher Unterscheidungen[191] bestimmte Rechtsaussagen zu machen, nämlich, daß Familienrechte, wie alle relativen Rechte, nicht unter § 823 I subsumierbar sind. Ein solches Verfahren kann heute nicht mehr befriedigen. Ob ein Recht Wirkungen gegenüber Dritten zeitigt, entscheidet sich allein aus den Wertungen der Rechtsordnung. Soweit eine bestimmte begriffliche Erfassung des Rechts solchen Erkenntnissen im Wege steht, hat sie sich als ungenügend erwiesen.

A. Auch relative Rechte können Absolutheit haben

Die alleinige Unterscheidung der subjektiven Rechte in absolute und relative hat bereits Oertmann[192] als unzureichend

---

189) FamRZ 68/498.

190) Vgl. Oertmann AcP 123/134 bei FN 7.

191) Die Unterscheidung absolut-relativ ist eine rein formale Kategorie: vgl. Löwisch, S.18,22 f.

192) AcP 123/133; so auch Esser II, S.395 f.; Raiser JZ 61/466: "fragwürdiges Schema absolut - relativ".

empfunden. Er hat vorgeschlagen, mehr auf die Unterscheidung zwischen einer Innen- und einer Außenseite Gewicht zu legen. Die Innenseite beschreibt bei einem absoluten Recht das Verhältnis des Herrschenden zum beherrschten Gegenstand, bei den relativen Rechten das Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten bzw. Gebundenen, während unter der Außenseite jeweils das Verhältnis des Berechtigten zu den Außenstehenden, den Dritten verstanden wird. Die Unterscheidung in relative und absolute Rechte enthält dann nur noch den Hinweis, daß bei einem Recht mehr die Außenseite (absolute Rechte), bei anderen mehr die Innenseite (relative Rechte) im Mittelpunkt des Interesses steht.[193] Diese Unterscheidung versperrt einmal nicht die Anerkennung auch einer Absolutheit relativer Rechte, sie vermag zum anderen gerade auch die Rechtswirklichkeit der sog. absoluten Rechte besser zu erfassen: Diese erschöpfen sich eben nicht in der mit dem Hinweis auf die Absolutheit angesprochene Außenseite.[194] Die Unterscheidung wird daher übernommen. Ein begriffliches Hindernis, relativen Rechten und damit auch den Familienrechten eine Absolutheit zuzuerkennen und damit die Möglichkeit einer Subsumtion unter § 823 I zu eröffnen, besteht damit nicht.

Nun könnte man allerdings aus dem Wortlaut des § 823 I BGB, der die sonstigen Rechte neben das Eigentum stellt, schließen, daß eine Außenwirkung eben nur solchen Rechten zukommen kann, die wie das Eigentum strukturiert sind, die also keine

---

193) Oertmann AcP 123/133

194) Vgl. o. § 4, 3.Kap., I. B 1. bei FN 126.

relative Wirkung entfalten.[195] Zu einer so weitgehenden Gleichstellung besteht aber nach dem Wortlaut des § 823 I kein Zwang: Es wird nur von "sonstigen" Rechten, nicht von "ähnlichen" Rechten im Anschluß an das Eigentum gesprochen. Entscheidender aber ist, daß eine solche enge Begriffsfassung nicht angebracht erscheint, wenn man sich den Zweck des Deliktsrechts vergegenwärtigt. Dieser besteht darin, im außervertraglichen Bereich vor zurechenbaren Schäden einen Schutz zu gewähren. Das deutsche Recht kennt im Gegensatz zum Recht anderer Staaten[196] keine Generalklausel. Es wird vielmehr das Verhalten, das eine Ersatzpflicht auslöst, in bestimmten Einzeltatbeständen näher umschrieben. Damit sollen aber allein die Unsicherheiten vermieden werden, die sich für den einzelnen bei der Abgrenzung erlaubter Selbstentfaltung von verbotenem Verhalten dann ergeben, wenn das Recht mit Generalklauseln arbeitet, die nicht so eng begrenzt sind wie etwa § 826 BGB.[197] Darüber hinaus besteht aber keine Veranlassung, das Grundanliegen des Deliktsrechts, zurechenbare Schäden auszugleichen, einzuschränken. Diesem Grundanliegen wird es vielmehr eher gerecht, den Begriff des sonstiges Rechtes weit auszulegen.

Es bestehen daher keine Bedenken gegen die Möglichkeit, jedes subjektive Recht unter § 823 I BGB zu subsumieren, das überhaupt von einem Dritten verletzt werden kann und das einen

---

195) Enn.-Lehmann, S.938; Ermann-Dress, § 823/7a; Soergel-Zeuner, § 823/33; RGRK-Haager, § 823/20.
Der Hinweis auf die notwendige Ähnlichkeit von Eigentum und sonstigen Rechten könnte auch ein bloßer Hinweis auf die Notwendigkeit der Absolutheit der relativen Rechte sein. Dies wäre jedoch überflüssig und der besondere Bezug auf das Eigentum nicht nötig. Will dieser Hinweis etwas Eigenständiges aussagen, so kann er nur wie im Text verstanden werden. Zur Bedeutung der Nennung der sonstigen Rechte im Anschluß an das Eigentum vgl. bereits o. § 4, 3.Kap., II. FN 182.

196) Vgl. Esser II, S.392 FN 6.

197) Larenz II, S.402; Esser II, S.392.

so fest umgrenzten Zuweisungsgehalt hat, daß diese Verletzung im Regelfall als rechtswidrig anzusehen ist, dem also die den Rahmenrechten eigene Unschärfe fehlt.

B. Folgerungen

Aus der Struktur der relativen Rechte konnte somit nicht entnommen werden, daß ihnen keine Absolutheit zukommen kann. Ob nun alle relativen Rechte in diesem Sinn auch absolute Rechte sind, bedarf hier keiner Entscheidung: Bedeutsam ist allein, daß es dem relativen Charakter der elterlichen Gewalt nicht widerspricht, wenn man ihr Absolutheit zuerkennt.

Die Möglichkeit einer Absolutheit wird nun weiter dadurch unterstrichen, daß der elterlichen Gewalt die den Rahmenrechten eigene Unschärfe fehlt, welche deren Anerkennung als sonstige Rechte i.S.d. § 823 I zweifelhaft erscheinen läßt[198]: Die Beeinträchtigung der elterlichen Interessen könnte generell, ohne Interessen- und Güterabwägung im Einzelfall als rechtswidrig angesehen werden. Interessen der Kinder spielen in dem hier beachtlichen Raum keine Rolle, und Interessen Dritter haben nach der Wertung der Art.6 I und II GG zurückzutreten.[199]

Schließlich steht es einer Absolutheit nicht entgegen, daß die elterliche Gewalt nicht gegen jede Beeinträchtigung durch ein Verhalten Dritter geschützt werden kann, sondern nur gegen solches, das durch den Umgang des Dritten mit dem Kind erfolgt.[200] Denn damit wird nur der Umfang der Außenwirkung des Rechtes generell festgelegt, was ja, wie betont, bei jedem Recht auf Grund aller einschlägigen Rechtsnormen erfolgen

198) S.o. § 4, 2.Kap. II bei FN 92 ff.
199) S.o. § 4, 1.Kap. I B 2.e und § 4, 1.Kap. IV.
200) S.o. § 4, 1.Kap. III.

muß. Auch bei den anerkannten absoluten Rechten ist es nicht so, daß jede Beeinträchtigung tatsächlicher Interessen auch eine Rechtsverletzung darstellen würde.

Nach dem bisher Gefundenen scheint sich das Prinzip der Art.6I und II GG innerhalb der geltenden Privatrechtsordnung durch Anerkennung der elterlichen Gewalt als sonstiges Recht in § 823 I BGB konkretisieren zu können, was im Ergebnis mit der h.M. übereinstimmen würde. Nun wird aber als weiteres Kriterium für die Anerkennung der Absolutheit eines Rechtes dessen Offenkundigkeit gefordert.[201] Ob dem zu folgen ist, ist nicht leicht zu entscheiden. Dies soll daher erst versucht werden, wenn sich herausstellt, daß es bei der elterlichen Gewalt überhaupt darauf ankommt.[202] Dazu ist es notwendig festzustellen, welchen Umfang die mögliche Absolutheit der elterlichen Gewalt hat. Die Lösung dieses Problems vorzuziehen, ist auch deshalb erlaubt, weil sie auch dann interessant bleibt, wenn es auf die Frage der Offenkundigkeit, aus welchen Gründen immer, nicht ankommt.

IV. Inhalt und Umfang der möglichen Absolutheit der elterlichen Gewalt

A. Die Arten der Absolutheit

Oben wurde festgestellt, daß Inhalt und Umfang der Absolutheit eines subjektiven Rechtes sich aus den Regeln über dieses

---

201) Vgl. Esser II, S.403 f.; Koziol, S.174 ff.; Westermann, Sachenrecht, S.13; Hubmann, S.142; Dulckeit, Pawlowski, Diederichsen, jeweils zitiert bei Löwisch, S.36 bei FN 79 ff. Auf die Offenkundigkeit allein stellt Fabricius AcP 160/273 ff. ab; vgl. dazu o. § 4, 3.Kap., II. FN 172.

202) Fabricius AcP 160/301 hält die Offenkundigkeit bei der elterlichen Gewalt für gegeben.

Recht ergeben.[203] Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß sich ganz bestimmte Grundmodelle der Absolutheit entwickeln lassen, in denen sich jeweils eine immer wieder vorkommende Art und Weise der Drittwirkung darstellt.[204]

So gibt es einmal die Absolutheit der Zuständigkeit[205]: Sie anzunehmen wird nahegelegt, wenn man das subjektive Recht als Zuordnung begreift.[206] Die Zuordnung an eine Person enthält gleichzeitig die Nichtzuordnung an alle anderen, so daß die aus der Zuordnung jeweils folgende Zuständigkeit[207] nur dieser Person allein zukommt. Jede Anmaßung dieser Zuständigkeit durch einen anderen kann dann als Rechtsverletzung angesehen werden[208], ohne daß es darauf ankäme, ob der Rechtsinhaber nun tatsächlich in seiner Rechtsausübung gestört wird oder nicht.[209]

Es wäre jedoch zu eng anzunehmen, die Außenseite eines jeden Rechtes erschöpfe sich in der Absolutheit der Zuständigkeit[210],

---

203) Vgl. o. § 4, 3.Kap., II.

204) Vgl. die "Unrechtstypen" bei Stoll AcP 162/203 ff. und die "Grundtypen der Rechtsverletzung" bei Löwisch,S.59 ff.

205) Vgl. dazu Löbl AcP 129/293 ff.; Larenz I , S.391; Löwisch, S.26 ff.

206) S.o. § 4, 3.Kap., I. B 3.

207) Zur Zuständigkeit als Folge der Zuordnung vgl. Fabricius AcP 162/472.

208) Die Tatsache, daß das, was einem zugeordnet ist, allen anderen nicht zugeordnet ist, zwingt aber nicht zur Annahme der Absolutheit; vgl. Löwisch, S.28. Wieweit es sinnvoll ist, Zuständigkeiten zuzuordnen, ohne dies gegen Eingriffe Dritter zu schützen, ist eine andere Frage; vgl. dazu Koziol, S.159 f.

209) Daß deliktsrechtlich nur die tatsächlichen Störungen interessant sind, da ein Schaden vorausgesetzt wird, spielt keine Rolle. Eine nicht störende Zuständigkeitsverletzung kann bereicherungsrechtlich bedeutsam sein.

210) So aber Löbl AcP 129/293 ff.; vgl. auch v.Caemmerer, Die absoluten Rechte, S.557: unmittelbare Eingriffe sind "Handlungen, die final auf die Verwendung von Gütern oder Ausübung von Befugnissen abzielen, die durch ein Herrschaftsrecht einem anderen zugewiesen sind."

wie ein Beispiel zeigen soll: Es ist anerkannt, daß einem Vermieter ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB zusteht, wenn durch unberechtigte Zerstörung eines eingebrachten Gegenstandes sein Pfandrecht verloren geht.[211] Der Vermieter ist aber nicht zur Zerstörung befugt, nicht infolge Zuordnung zuständig. Auch der Hinweis, daß er allein zur Aufhebung des Pfandrechtes berechtigt ist, trifft die Sache nicht, da die Aufhebung nur ein Nebeneffekt der Zerstörung ist. Hier liegt tatsächlich ein über die Absolutheit der Zuständigkeit hinausgehender Schutz vor.

Der Grund für eine erhöhte Schutzbedürftigkeit des Rechtes liegt darin, daß das Pfandrecht - wie alle Sachenrechte - ein körperliches Rechtsobjekt hat: Die tatsächlichen Möglichkeiten des Berechtigten hängen hier weitgehend von der tatsächlichen Lage - im weitesten Sinn - dieses Rechtsobjektes ab. Ihre Veränderung enthält jeweils eine potentielle Störung für den Rechtsinhaber. Dafür ist es gerade nicht entscheidend, ob die Zuständigkeiten des Berechtigten nur einen kleinen Teil der Möglichkeiten, mit der Sache "umzugehen", erfaßt, wie bei den beschränkt-dinglichen Rechten, oder ob alle denkbaren Befugnisse, wie beim Eigentum, dem Rechtsinhaber zustehen. Auf der anderen Seite sind diese Rechtsobjekte als Gegenstände der körperlichen Welt in viel größerem Maße der Gefahr einer Verletzung ausgeliefert als Gegebenheiten, die allein in der Sphäre des rechtlichen Seins existieren. Die Möglichkeit der Substanzverletzung durch Dritte ist daher der Grund für die erhöhte Schutzbedürftigkeit der Rechte, die ein körperliches Rechtsobjekt haben.[212]

---

211) Vgl. BGH WPM 65/704.

212) Löwisch, S.98 f.; zutreffend ist sein Hinweis (S.99), daß nur der wegen der Substanzverletzung einer Sache schadensersatzberechtigt ist, der eine unmittelbare Rechtsbeziehung zur Sache hat. Diese fehlt eben gerade dem, der nur einen Anspruch gegen einen anderen bez. der Sache hat; vgl. dazu auch Larenz I, S.14.

Im Gegensatz zur Verletzung einer absoluten Zuständigkeit ist aber bei der Beeinträchtigung eines körperlichen Rechtsobjektes für das Rechtswidrigkeitsurteil entscheidend, ob tatsächlich eine Störung des Berechtigten eintritt, wobei die Störungsmöglichkeiten sich nach den Zuständigkeiten des Berechtigten richten[213]: Die unberechtigte Benutzung eines Grundstückes als Lagerplatz etwa ist als Verletzung der Zuständigkeiten des Eigentümers rechtswidrig, auch wenn dieser nicht gestört wird, da er das Grundstück überhaupt nicht benutzen will.[214] Derjenige, der an dem Grundstück eine Hypothek hat, wird nicht gestört: Eine Verletzung seines Rechtes anzunehmen, besteht kein Grund und wäre eine unzulässige Beeinträchtigung der Freiheitsrechte Dritter.[215]

Die Drittwirkung eines Rechts derart, daß die störende Veränderung der tatsächlichen Lage des körperlichen Rechtsobjektes als Rechtsverletzung anzusehen ist, kann als weitere Möglichkeit der Absolutheit eines Rechtes festgehalten werden.

Damit sind bereits die nach der h.M. möglichen Arten der Absolutheit erfaßt.[216] Ob darüber hinaus weitere Typen der Absolutheit gegeben sind, wie z.T. behauptet wird[217], kann hier dahinstehen; denn die bisher in der Lit. dargestellten Typen, soweit sie über die hier aufgeführten hinaus einen

---

213) Vgl. Löwisch, S.37 und o. § 4, 3.Kap., II bei FN 166.

214) Er hat einen Anspruch aus § 812 I 1 (Eingriffskondiktion) i.V.m. § 818 II BGB.

215) Die Nutzung eines herrenlosen Grundstückes, an dem eine Hypothek besteht, ist damit überhaupt nicht rechtswidrig.

216) So ist nach st.Rspr. eine Eigentumsverletzung nur bei unmittelbarer Einwirkung auf die Sache gegeben; vgl. dazu Reinhardt Karlsruher Forum 61/10 bei und mit FN 44.

217) Vgl. etwa die Ansicht Koziols (s.o. § 4, 3.Kap., II, bei FN 177) und Löwischs (s.o. § 4, 3.Kap., II, bei FN 165 ff.).

weiteren Schutz gewähren, sind jedenfalls für die elterliche Gewalt ohne Bedeutung. Für diese bringen sie keine Erweiterung des Schutzbereiches mit sich.[218] Ob ein Recht nun eine Absolutheit tatsächlich besitzt und in welchem Umfang, ist jeweils aus der Summe der das Recht regelnden Normen zu ermitteln. Da auf die Absolutheit der Zuständigkeit bereits durch die Absolutheit der Zuordnung hingewiesen wird, liegt es nahe, zuerst zu prüfen, ob und inwieweit sie auch bei der elterlichen Gewalt gegeben ist. Notwendig ist dazu eine Klärung der den Eltern im Innenverhältnis, also gegenüber den Kindern eingeräumten Zuständigkeiten.

---

218) Bejaht man die Absolutheit der elterlichen Gewalt derart, daß Dritten die störende Veränderung der tatsächlichen Lage des Kindes verboten werden kann (s.u. § 4, 3.Kap.,IV D), so bleibt für das Recht auf "obligationsgemäße Willensrichtung" (s.o. § 4, 3.Kap., II bei FN 177) des Kindes auch dort kein zusätzlich schützbarer Raum, wo man tatsächlich von einer unmittelbar vom Kind zu vollziehenden Willensbildung ausgeht (vgl. dazu § 4, 3.Kap. IV B bei FN 226 ff.). Ein Schutz gegen unmittelbar gegen das Recht der Eltern gerichtete Handlung (s. dazu o. § 4, 1.Kap., III) würde nur praktisch bedeutsam, wo ohne Einwirkung auf das Kind die Eltern gestört würden. Das wäre nur möglich durch Einwirkung auf die Eltern selbst, was keines gesonderten Schutzes bedarf (s.o. § 4, 1.Kap., III), oder durch Verleiten von Behörden zum Eingriff in das Elternrecht (z.B. § 1666 BGB). Hier ist praktisch bedeutsam nur ein repressiver Schutz, und ein materieller Schaden könnte den Eltern durch erhöhte Aufwendungen für das Kind entstehen (die von ihnen zu zahlenden Kosten einer Fürsorgeerziehung könnten höher sein als die normalen Unterhaltskosten). Eine Ersatzpflicht würde hier aber mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht entstehen (vgl. dazu allgemein Palandt-Heinrichs vor § 249/5c mit Nachw.); Die Absolutheit der elterlichen Gewalt will den Eltern die Entfaltungsmöglichkeit in der Pflege und Erziehung sichern, sie aber nicht vor erhöhten Unterhaltskosten bewahren (vgl. zum entsprechenden Vorgehen bei der Ehe Löwisch, S.192 f.).

B. Die Zuständigkeiten der Eltern

Ein wesentlicher Grund für die Errichtung der elterlichen Gewalt ist die Unmündigkeit der Kinder, die Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheit selbst zu besorgen. Die Eltern haben dies für die Kinder zu tun. Bei allen rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten steht ihnen daher ein Vertretungsrecht zu (§ 1626 II 2.Hs. BGB; vgl. auch §§ 1629, 1643 BGB).[219] Daneben gibt es eine Reihe von "amtsähnlichen" Befugnissen, welche die Eltern im eigenen Namen ausüben können, die ihnen aber ebenfalls zur Kompensierung der kindlichen Unmündigkeit im Außenverhältnis gegeben sind.[220] Zu diesem Bereich kommt die tatsächliche Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes (§ 1626 II BGB). Letzteres spielt praktisch keine große Rolle. Ohne gleichzeitige Vertretungshandlung kommt sie nur etwa bei der tatsächlichen Pflege und Erhaltung von Vermögensgegenständen vor.[221] Umso bedeutsamer ist das Personensorgerecht. § 1631 BGB gibt seinen wesentlichen Inhalt wieder.[222] Im Vordergrund steht hier die Erziehung. Die Erziehungsfähigkeit des Kindes ist neben der Unmündigkeit der zweite tragende Grund der elterlichen Gewalt.[223] Unter Erziehung sind alle Maßnahmen zu verstehen, die der Entfaltung der kindlichen Persönlichkeit dienen.[224] Dabei steht an erster Stelle die

---

219) Zur Kritik am Institut der gesetzlichen Vertretung als Verletzung der Menschenwürde vgl. Gernhuber, FamRZ 62/92 nach FN 33.

220) Vgl. Gernhuber, S.514 und zum Streit um die Einordnung dieser Fälle FN 2.

221) Vgl. Staud.-Donau, § 1626/57.

222) § 1631 ist nicht abschließend: Staud.-Donau, § 1631/2.

223) Im Gegensatz zur Vormundschaft über Erwachsene (§§ 1896 ff. BGB); vgl. auch die Trennung von Pflege und Erziehung in Art.6 II GG.

224) Auf diese Formel lassen sich alle Definitionen bringen: vgl. Reuter, S.82; Westermann, Person, S.24; Remplein, S.123; Peters, S.381; Staud.-Donau, § 1631/10; zu den Erziehungszielen vgl. § 1 JWG und o. § 4, 1.Kap., I. B 2.c bei FN 37.

unmittelbare Beeinflussung der Kinder durch ihre Eltern, sei es nun durch bewußte Erziehungsmaßnahmen oder einfach durch die nicht zu unterschätzende Wirkung des tatsächlichen Elternverhaltens.[225]

Bei den bewußten Erziehungsmaßnahmen interessiert rechtlich vor allem das Befehlsrecht der Eltern. Wenn auch das BGB eine Gehorsamspflicht des Kindes nicht ausdrücklich anspricht[226], wird sie weitgehend anerkannt.[227] Eigenart dieser Pflicht ist es, daß sie das Kind selbst in eigener Person und nicht der gesetzliche Vertreter zu erfüllen hat: Vom Kind selbst wird ein bestimmtes Verhalten, also auch eine bestimmte Willensbildung verlangt. Ob es sinnvoll ist, eine solche Pflicht anzuerkennen, erscheint zweifelhaft angesichts der Tatsache, daß das Kind eben wegen seiner Unreife dem rechtlichen Appel gar nicht zugänglich, sein Verhalten allein von außerrechtlichen Gegebenheiten bestimmt ist. Auf diesen Gesichtspunkt scheint jedoch das Gesetz nicht Rücksicht zu nehmen, wie man aus § 1619 BGB entnehmen könnte.[228] Nun kann man aber auch § 1619 dahin verstehen, daß er lediglich die Befugnis der Eltern festhalten will, mit allen ihnen zustehenden Mitteln das Kind eben zur Hilfe im Haushalt anzuhalten: Wenn die Eltern dies tun, so werden dadurch Rechte des Kindes nicht verletzt. Man brauchte keine Rechtspflicht des Kindes anzunehmen. In gleicher Weise könnte auch das Befehlsrecht der Eltern verstanden werden: Auch dies könnte man als bloße Erlaubnis sehen, ohne daß damit eine Rechtspflicht des Kindes korrespondieren müßte. Die Frage kann jedoch letztlich auf sich beruhen, da sie

---

225) Eltern als Vorbilder, die die Kinder imitieren, mit denen sich die Kinder identifizieren.

226) Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen: vgl. Reuter, S.67 FN 38 oder Gernhuber, FamRZ 62/91 FN 20a.

227) Gernhuber, S.519: "Folgepflicht"; Reuter, S.67.

228) Gernhuber FamRZ 62/91 nach FN 20a.

jedenfalls ohne praktische Bedeutung ist: Es besteht Einigkeit, daß die Eltern nicht auf die Einhaltung der Pflichten durch die Kinder klagen können.[229] Anerkennt man aber eine Gehorsamspflicht des Kindes, so handelt es sich bei dem Befehlsrecht der Eltern um ein Gestaltungsrecht, ähnlich dem Direktionsrecht des Arbeitgebers.[230]

Weiter ist ein Recht der Eltern anerkannt, ihre Anordnungen gegenüber dem Kind mit Zwang durchzusetzen[231], nur um dessetwillen es noch möglich erscheint, von einer "Gewalt" der Eltern zu sprechen.[232] Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung mehr, nachdem §1631 II 1 a.F. BGB durch das Gleichberechtigungsgesetz gestrichen wurde. Er hatte dem Vater die Anwendung angemessener Zuchtmittel gestattet. Der Grund für die Gesetzesänderung lag darin, daß man das Schwergewicht der Erziehung nicht mehr auf die "Zuchtmittel" legen wollte. Auch glaubte man, daß sich deren Anwendbarkeit bereits aus dem Wesen der Erziehung selber ergibt.[233] Die h.M. geht daher auch davon aus, daß sich sachlich durch die Gesetzesneufassung nichts geändert hat.[234] Dem ist im

---

229) Gernhuber, S.519; Staud.-Donau § 1631/33; Palandt-Lauterbach § 1631/2; W.Weimar MDR 64/22.
Wenig ergiebig erscheint auch der Hinweis, dem Kind Pflichten gegenüber den Eltern aufzuerlegen, würde den Subjektscharakter des Kindes im Gegensatz zum Objektscharakter der Sache unterstreichen; vgl. Gernhuber FamRZ 62/91. Dies mag zwar in der Lit. eine gewisse Rolle gespielt haben (Gernhuber aaO., FN 20; Nawiasky, S.7 ff.), die eigentliche Bedeutung der Anerkennung des Kindes als Subjekt liegt in der Unterordnung des Elterninteresses unter das objektive Interesse des Kindes.

230) Vgl. Söllner, §§ 2 f.

231) Vgl. Staud.-Donau § 1631/31; Gernhuber, S.519; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1631/7; W.Weimar MDR 64/21.

232) Vgl. Oertmann AcP 123/154; zur Kritik am Begriff der "elterlichen Gewalt" vgl. Krüger-Breetzke-Nowack 1 vor § 1631 und Einleitung Rdnr. 278.

233) Krüger-Breetzke-Nowack, § 1631/16.

234) Vgl. die in FN 231 Genannten. BGHSt 11/248 f. leitet das Ergebnis aus dem Gewohnheitsrecht ab, das bereits vor Inkrafttreten des BGB gegolten habe. Ob Gewohnheitsrecht neben später entstehendem, gleichlautendem Gesetzesrecht und insbes. auch nach dessen Aufhebung weiterbesteht, ist zweifelhaft, kann aber hier nicht untersucht werden.

Ergebnis sicher zu folgen, denn in der Praxis werden die Eltern ihrem Auftrag zur Erziehung und Pflege des Kindes nicht gerecht werden können, ohne Zwangsmittel anzuwenden, worunter ja nicht einmal primär eine Züchtigung zu verstehen ist, sondern jede Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Kindes durch physischen oder psychischen Zwang. Wie dieses Ergebnis im einzelnen abgeleitet werden kann[235], kann hier dahinstehen. Das Zwangsrecht der Eltern und ihre damit verbundene Befugnis, in Rechte des Kindes einzugreifen[236], kann weder selbst als subjektives Recht der Eltern noch als Teil davon gesehen werden: Oberstes Ziel allen elterlichen Handelns muß immer das Wohl des Kindes sein. Daher ist es unzulässig, dort Zwangsmittel anzuwenden, wo dies nicht durch objektive Interessen des Kindes gedeckt ist. Nicht um ein eigenes Interesse, sondern nur um das Kindesinteresse durchzusetzen, dürfen die Eltern das Kind zwingen.

Weiter nennt das Gesetz das Recht und die Pflicht der Eltern, das Kind zu beaufsichtigen. Dies begründet primär eine Zuständigkeit der Eltern zur Beobachtung des Kindes, um einschreiten zu können, wenn das Kind sich oder Dritten zu schaden droht[237], aber auch die Pflicht, Vorsorge zu treffen für den Fall, daß das Kind einmal unbeaufsichtigt ist.[238] Die Eingriffsbefugnisse, die die Eltern im Einzelfall haben, sind grundsätzlich dieselben wie beim Erziehungsrecht, vor allem die Möglichkeit, Anordnungen zu treffen

---

235) Letztlich läßt es sich wohl nur aus der Natur der Sache herleiten; vgl. dazu etwa Göldner, S.133 ff. mit weiteren Nachw.

236) Die Befugnis der Eltern enthält Rechtfertigungsgründe für ein Eingreifen in Rechte des Kindes.

237) Zu diesem doppelten Zweck des Aufsichtsrechts vgl. Staud.-Donau, § 1631/18; Erman-Ronke, § 1631/3a und b.

238) Vgl. die Beispiele bei Staud.-Donau, § 1631/18.

und sie notfalls mit Zwang durchzusetzen.[239] Neben den in § 1631 BGB genannten Zuständigkeiten ist noch die Pflicht zur Sorge für das leibliche Wohl des Kindes zu erwähnen, die sich aus der Pflicht zur Personensorge ergibt.

C. Die Absolutheit der elterlichen Zuständigkeiten

Die Eltern haben keine Zuständigkeiten, die einer Absolutheit von vornherein unzugänglich wären. Bei dem Vertretungsrecht, dem Recht auf Vornahme der "amtsähnlichen" Handlungen und dem Befehlsrecht der Eltern ist aber praktisch eine Absolutheit der Zuständigkeit nicht verletzbar. Nur an die Handlung der Eltern knüpft die Rechtsordnung eine ganz bestimmte Folge, Akte Dritter bleiben bedeutungslos.[240]

Die Befugnisse aus der elterlichen Gewalt sind den Eltern nun in einem ganz bestimmten Bereich zur Durchsetzung eigener Interessen gegeben: Wo die objektiven Interessen des Kindes nicht eine eindeutige Lösung für ein bestimmtes Pro-

---

239) Teilweise wird aus dem Aufsichtsrecht der Eltern das Recht, Dritte vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, abgeleitet; so Erman-Ronke, § 1631/3a, vgl. auch § 1631/20. Eine Begründung wird nicht gegeben. Eine stichhaltige ist auch nicht ersichtlich. Hätte § 1631 BGB, der die Stellung der Eltern gegenüber ihren Kindern näher umschreiben will, Rechte gegenüber Dritten einräumen wollen, hätte es einer Normierung bedurft. Näherliegend wäre es zum anderen, diese aus dem Erziehungsrecht der Eltern abzuleiten.

240) Vgl. Larenz II, S.410. Es ist aber denkbar, daß auch bei einem Gestaltungsrecht die Zuständigkeit durch einen Dritten verletzt wird. Z.B.: ein Vertreter mit bloßer Anscheinsvollmacht übt ein Kündigungsrecht aus. Fraglich ist hier allerdings, ob das Gestaltungsrecht oder etwa das aus dem gekündigten Vertrag erwachsene Recht verletzt wurde.

blem geben, sind die Eltern befugt, ihre Vorstellungen zur Geltung zu bringen. Die genannten Zuständigkeiten der Eltern sind geeignet, diesem Ziel zu dienen. Da aus Art.6 II GG die Schutzwürdigkeit der elterlichen Positionen herzuleiten war, wäre die Absolutheit der elterlichen Zuständigkeiten anzunehmen: Wie der Eigentümer allein berechtigt sein soll, seine Vorstellungen über das Schicksal einer Sache durchzusetzen und deshalb die ihm gegebenen Zuständigkeiten allein von ihm ausgeübt werden dürfen, so dient die Absolutheit der elterlichen Zuständigkeiten dazu, den Vorstellungen der Eltern von dem, was dem Wohl des Kindes entspricht, zur Geltung zu verhelfen. Die Absolutheit der elterlichen Zuständigkeiten kann aber dann nicht angenommen werden, wenn sie objektiven Interessen des Kindes widerspricht. Um das beurteilen zu können, müssen erst die Auswirkungen einer solchen Absolutheit geprüft werden. Bedeutsam sind dabei allein die tatsächlich verletzbaren Zuständigkeiten.

1. Die Absolutheit der Zuständigkeit zur Erziehung

Im Vordergrund des Interesses steht das Erziehungsrecht der Eltern. Hier kann, wie oben angedeutet wurde, geschieden werden zwischen bewußten und unbewußten Erziehungsmaßnahmen. Letztere liegen praktisch in dem Einfluß, den jeder Umgang mit einem anderen Menschen ausübt. Zwischen dem Einfluß der Eltern und dem eines Dritten besteht nur ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied. Jedem Dritten den Umgang mit dem Kind aber generell zu verbieten, würde den objektiven Interessen des Kindes widersprechen. Es ist dies, so weit ersichtlich, auch nie angenommen worden. Das Kind bedarf des Umgangs mit anderen Menschen außerhalb des Elternhauses, schon allein um den Umgang mit Gleichaltrigen zu lernen, Kontaktfähigkeit zu üben, sich durchsetzen zu lernen, aber auch um die innere Ablösung vom Elternhaus leisten zu können, die notwendig ist, soll das Kind erwachsen werden.

Den Widerspruch eines generellen Umgangsverbotes für Dritte mit dem Kindesinteresse würde eine Pflicht der Eltern, Dritten den Umgang zu gestatten, nicht aufheben: Umgang könnte ein Kind nur mit Dritten hegen, die vorerst bereit sind, rechtswidrig zu handeln, denn eine Einwilligung vor dem Umgang läßt sich praktisch nicht geben. Einmal ist die konkrete Ausgestaltung des Umgangs meist nicht voraussehbar, zum anderen haben die Eltern oft keine Kontrolle darüber, mit wem das Kind überhaupt Umgang aufnimmt. Denkbar wäre allein eine generelle Einwilligung bis zu einem Widerruf. Diese müßte aber regelmäßig fingiert werden, würde zum anderen dem Charakter der Einwilligung als Ausnahmeregelung von einem generellen Verbot widersprechen.

Schließlich gibt es auch keinen aus dem Gesamtkomplex der Erziehung herauslösbaren Kernbereich, wo man Dritten jegliche Beeinflussung verbieten könnte (z.B. weltanschauliche Erziehung). Für eine solche Unterscheidung fehlt jede Grundlage im Gesetz. Was den Eltern ein besonders wichtiger Bereich der Erziehung ist, ist gerade wieder eine den jeweiligen Eltern überlassene Wertungsfrage.

Theoretisch denkbar wäre lediglich, die Möglichkeit einer "elterlichen Beeinflussung" als ein den Eltern allein vorbehaltenes Recht anzusehen, also eine ausschließliche Zuständigkeit der Eltern zu einer bestimmten intensiven Beeinflussung zu konstruieren. Dies wäre jedoch weder praktikabel, noch brächte es entscheidenden Vorteil.

Einen Maßstab, den normalen quantitativen Unterschied der Eltern- und Drittbeeinflussung zu erfassen, gibt es kaum. Die Position der Eltern ist nur auf Grund besonderer Umstände eine andere, die allein mit der Elternstellung als solcher verbunden sind. Da ist etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht (das Kind wohnt regelmäßig bei den Eltern), die physische und psychische Abhängigkeit des Kindes von den Eltern, die Autorität, die die Eltern tatsächlich genießen, weil sie das Kind

von Geburt an bei sich haben, oder das stärkere Zwangsrecht. Höchstens durch Umschreibung dieser Fakten ließe sich die "elterliche Beeinflussung" näher bestimmen und von der Drittbeeinflussung abgrenzen. Doch brächte dies keinen entscheidenden Vorteil: Ohne Willen der Eltern können Dritte diese "elterliche Beeinflussung" praktisch sowieso nur durch Kindesraub ausüben und auch dann nur, wenn das Kind längere Zeit bei ihnen bliebe, was als äußerstes Extrem hier außer Betracht bleiben kann, zumal § 1632 BGB hier einen wirksamen Schutz gewährleistet.

Verstößt die Annahme einer absoluten Zuständigkeit der Eltern zur unbewußten Beeinflussung des Kindes gegen dessen objektive Interessen, so muß das bei den bewußten Maßnahmen nicht so sein. Gestattet man aber grundsätzlich den Dritten den Umgang mit dem Kind, so lassen sich daraus nicht die bewußten Maßnahmen der Dritten, mit denen sie ein bestimmtes Verhalten des Kindes erreichen wollen, isolieren und gesondert verbieten: diese Maßnahmen sind normaler Bestandteil des Umgangs von Menschen. Hier wirkt jeder auf den anderen durch Auseinandersetzung und Überzeugung, durch Belehrung, Rat, Vorschläge und Anordnungen ein, wobei es keine Rolle spielt, ob letzteres im Befehlston oder in Form eines Wunsches geschieht. Die besondere Stellung der Eltern beruht auch hier lediglich auf den bereits oben bei den unbewußten Erziehungsmaßnahmen aufgezählten Größen, die auch hier zur Unterscheidung von Eltern- und Drittbeeinflussung untauglich erscheinen.

Vom normalen Umgang der Menschen wegdenken läßt sich auch nicht die Anwendung von "Zuchtmitteln", soweit man darunter nur Ermahnung, Tadel oder Entzug von Vergünstigungen versteht.[241)] Die Eltern haben hier wieder nur auf Grund ihrer

241) Vgl. Staud.-Donau, § 1631/32.

besonderen Stellung mehr Handlungsmöglichkeiten als Dritte. Verboten ist Dritten nur jeder Eingriff in Rechte des Kindes, wie er den Eltern in der Anwendung unmittelbaren Zwanges gestattet ist.[242] Doch dient diese Befugnis der Eltern gerade nicht der Durchsetzung ihrer eigenen Interessen[243], sie ist weder selbst subjektives Recht noch Teil dessen, also auch nicht der den subjektiven Rechten eigenen Absolutheit fähig. Die Frage nach dem Schutz des Kindes und dessen Umfang interessiert hier nicht. Für das gesamte Erziehungsrecht ist daher eine Absolutheit der Zuständigkeit abzulehnen.

Gleiches gilt für das Recht der Eltern zur Aufsicht. Ein Interesse, allein das Kind zu beobachten, ist nicht ersichtlich. Für die vor allem interessierenden Maßnahmen, die gegenüber den Kindern getroffen werden können, gilt dasselbe wie für die bewußten Erziehungsmaßnahmen.

2. Die Absolutheit der Zuständigkeiten im verbleibenden Bereich

Für den Bereich der sonstigen tatsächlichen Personensorge, soweit sie nicht amtsähnliche Handlungen enthält, und der

---

242) Str. ist, ob nicht auch Dritte in einem gewissen Umfang ein Züchtigungsrecht haben können, vgl. Meinungsstand bei Staud.-Donau, § 1631/36. Die Begründung eines solchen Rechtes aus Geschäftsführung ohne Auftrag erscheint zweifelhaft schon deshalb, weil diese zwar zum Eingriff in Rechte des Geschäftsherrn, also etwa in das ausschließliche Züchtigungsrecht der Eltern, berechtigt, aber doch wohl nicht schon allein deshalb zum Eingriff in Rechte Dritter (des Kindes), weil der Geschäftsherr zu diesen befugt ist. Hier bestehen anscheinend noch Relikte aus der Vorstellung von dem Kind als lediglich einem der elterlichen Gewalt unterworfenen Objekt.

243) S.o. § 4, 3.Kap., IV B bei FN 236.

tatsächlichen Vermögenssorge, also für den Bereich der Sorge um das "äußere" Dasein kann dagegen eine Absolutheit der elterlichen Zuständigkeit angenommen werden. Die Kinder haben kein objektives Interesse daran, daß Dritte neben den Eltern in diesem Bereich für die Kinder sorgen, da diesen im Notfall zu handeln nicht versagt ist: Ihr Vorgehen ist aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt.[244] Das Elterninteresse wird durch Befreiung von Leistungspflichten erfüllt. Ihr eventuell entgegenstehendes Interesse, die Bedürfnisse der Kinder nach eigenen Vorstellungen zu befriedigen, ist nicht zu schützen, wo ein rechtzeitiges Einschreiten der Eltern nicht möglich ist. Auf den Willen der Eltern kommt es nicht an, da regelmäßig zugleich die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern nicht rechtzeitig erfüllt werden kann (§ 679 BGB). Auch in Fällen, wo keine Not besteht, vermögen die Regeln der GoA davor zu bewahren, alle für das "äußere Dasein" sorgende Maßnahmen Dritter rechtswidrig gegenüber den Eltern erscheinen zu lassen.[245] Allein für diesen Bereich, dessen Außenseite allerdings kaum praktische Bedeutung hat, kann eine Absolutheit der Zuständigkeit angenommen werden.[246]

---

244) Vgl. zur GoA als Rechtfertigungsgrund Larenz II, S.274; Fikentscher, S.520.

245) Hier kommt es dann allerdings auf den Willen der Eltern an. Schwierigkeiten macht zudem der Begriff des Interesses: Obj. erkennbar ist nur das Interesse an Befreiung von Leistungspflichten. Das Interesse, die Art und Weise der Befriedigung der Kindesinteressen zu bestimmen, kann nur als subj. erfaßt werden, wofür aber § 683 BGB Raum gibt (vgl. Larenz II, S.270, und zur Frage, wie sich das zum Erfordernis des Willens verhält, Esser II, S.320 f.). Das Risiko trägt der Geschäftsherr. Bei den meisten kleineren Sorgehandlungen Dritter wird aber das Interesse der Eltern an Befreiung von einer Verbindlichkeit vorherrschen.

246) Vgl. aber § 4, 5.Kap., V.

D. Die störende Veränderung der tatsächlichen Lage des körperlichen Rechtsobjektes

Das körperliche Rechtsobjekt der elterlichen Gewalt ist das Kind.[247] Die tatsächliche Lage des Kindes kann einmal dadurch verändert werden, daß das Kind weggebracht, sein Aufenthalt verändert wird. Die Störung, die sich regelmäßig für die Eltern daraus ergibt, liegt auf der Hand. Die h.M. sieht in einer solchen Handlung eine unerlaubte Handlung[248] und gibt bei schuldhaftem Vorgehen einen Rückführungsanspruch, der neben den "Herausgabeanspruch" des § 1632 BGB tritt.[249]

Interessanter aber sind die Veränderungen der psychischen Lage des Kindes. Sie erfolgt vor allem durch die Beeinflussung, die Dritte durch ihren Umgang mit dem Kind auf dieses ausüben, die eine - wie oben bereits dargelegt - erzieherische, formende und damit verändernde Wirkung hat, gleich, ob diese gewollt ist oder nicht. Die Berechtigung der Eltern, das Kind in dem Bereich, in dem dessen objektive Interessen einen Spielraum lassen, nach eigenen Vorstellungen zu formen, wird dann gestört, wenn die Beeinflussungstendenz der Dritten den Intentionen der Eltern widerspricht.

Dem Dritten solche Beeinflussung zu verbieten, darf nicht im Widerspruch zu objektiven Interessen des Kindes stehen. In dem hier angesprochenen Bereich ist ein Interesse des Kindes an dem Inhalt der Beeinflussung gerade nicht erkennbar.

---

247) Diese Feststellung ist der Personenwürde des Kindes nicht abträglich. Es ist nur erforderlich, das Kind a u c h als Subjekt zu sehen.

248) S.o. § 2, 2.Kap., I.

249) Nach Gernhuber gibt bereits § 1632 BGB das Recht auf den "actus contrarius", S.509. Ebenso Kipp-Wolff, § 79 IV.

Es darf aber auch die Möglichkeit, Umgang mit Dritten zu pflegen, nicht wesentlich geschmälert werden. Das aber scheint der Fall zu sein: Jeder Einfluß eines Dritten formt das Kind und hat damit regelmäßig bleibende Wirkung. Da aber nie feststeht, von welchen Vorstellungen sich die Eltern in Zukunft leiten lassen wollen, müßte jede Festlegung für die Zukunft durch Dritte, damit jede Beeinflussung, unterbleiben. Einen Ausweg bietet jedoch hier die Möglichkeit, nur das als Störung anzusehen, was den augenblicklichen Vorstellungen der Eltern widerspricht. Auch praktisch sind nur diese Fälle interessant, da nur bei ihnen die Eltern ein Interesse an einem Vorgehen gegen die Dritten haben. Entgegen den tatsächlichen Vorstellungen der Eltern das Kind zu beeinflussen, könnte daher den Dritten verboten werden. Es wäre als Verletzung des Elternrechtes rechtswidrig.
Die Formel der h.M., daß rechtswidrig handelt, wer (bewußt) gegen den Willen der Eltern mit einem Kind Umgang hat, kann in diesem Sinn verstanden werden.[250)]

V. Die Offenkundigkeit

A. Die Notwendigkeit einer Offenkundigkeit

Ist soweit die Art und vor allem der Umfang der möglichen Absolutheit der elterlichen Gewalt dargetan, so ist die oben unbeantwortet gebliebene Frage nach der sozialtypischen

---

250) Ob sie in der Praxis so verstanden wird, läßt sich nicht feststellen. Wenn es zu einem Prozeß kommt, hat sich immer eine elterliche Vorstellung gebildet, welcher entgegenzuwirken für die Zukunft dem Dritten ja verboten werden soll.

Offenkundigkeit wieder aufzugreifen. Es ist angenommen worden, daß für die sonstigen Rechte des § 823 I BGB deshalb auf die Erkennbarkeit der fremden Rechtssphäre abgestellt werden muß, weil sonst keine persönliche Verantwortung für den Rechtsverletzenden begründet werden kann. Wo das Recht am Schuldprinzip festhalte, könne man den Täter nur für den in einer ihm erkennbaren fremden Rechtssphäre angerichteten Schaden verantwortlich machen.[251] Der Schluß erscheint jedoch nicht zwingend: Gerade wo die Prüfung individueller Schuld, und sei es nur mit Hilfe eines objektiven Maßstabes (vgl. § 276 I 2 BGB)[252] vorgesehen ist, kann im Tatbestand eine den Grundsätzen der Offenkundigkeit nur mangelhaft genügende Abgrenzung fremder Rechtssphären vorgenommen werden. Zur Verantwortung wird ja nur der gezogen, der schuldhaft handelte, also die fremde Rechtssphäre zumindest hätte erkennen können.

Bevor aber das Regulativ der Schuldprüfung eingreift, trifft den Rechtsverletzer das rechtliche Unwerturteil[253], wenn man von dem klassischen dreiteiligen Deliktsaufbau ausgeht, also der überkommenen Rechtswidrigkeitslehre folgt[254]: sein

---

251) Diederichsen, S.66; ähnlich Löwisch AcP 165/426 ff.

252) Dieser Maßstab genügt hier: wenn für die Umschreibung des Tatbestandes nach Offenkundigkeit verlangt wird, kann nur gemeint sein, daß ein Durchschnittsrechtsgenosse im Normalfall die Grenzen fremder Rechtssphären erkennen kann (so z.B. Fabricius AcP 160/295), denn eine Berücksichtigung des Einzelfalls kann im objektiven Tatbestand nicht erfolgen, der aber für das Rechtswidrigkeitsurteil ausreicht (Diederichsen folgt nicht der neueren Rechtswidrigkeitslehre). Wird der Grundsatz der Erkennbarkeit einer Norm so gefaßt, so genügt ihm der objektive Sorgfaltsmaßstab vollauf.

253) Das keineswegs ein moralisches o.ä. ist.

254) Zur neueren Rechtswidrigkeitslehre vgl. § 4, 3.Kap., VI und VII.

Verhalten[255] wird für rechtswidrig erklärt. Hier fragt sich, ob nicht der von diesem Unwerturteil Betroffene auch diese Folge seines Verhaltens voraussehen können muß, da an sie bereits bestimmte Folgen angeknüpft werden (vgl. z.B. §§ 1004, 227 BGB).

Dies läßt sich aus dem Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art.2 I GG) ableiten. Die hier geschützte freie und selbstverantwortliche Entfaltung der Persönlichkeit fordert grundsätzlich die Transparenz der den einzelnen betreffenden Rechtslage: nur wer weiß, welche Folgen die Rechtsordnung an ein bestimmtes Verhalten knüpft, kann eine freie Entscheidung fällen.[256]

B. Der Umfang der Offenkundigkeit

Ist die Forderung nach Offenkundigkeit als im Ansatz berechtigt gefunden worden, so stellt sich die Frage nach dem Umfang der Offenkundigkeit.

---

255) An das Verhalten, nicht an den Erfolg knüpft auch die ältere Rechtswidrigkeitslehre an. Sie qualifiziert lediglich die Handlung durch den Erfolg (Larenz, Festschr.f. Dölle, S.180). Daraus ergibt sich m.E. nicht, daß eine Handlung erst dann rechtswidrig ist, wenn der Erfolg eingetreten ist (so aber Münzberg, S.113). Handelt nach § 823 I BGB rechtswidrig, wer einen Menschen verletzt, so ist rechtswidrig die Handlung, die zu einer Verletzung führt, vom Beginn der Ausführung an (vgl. Deutsch, S.216). Zur Beurteilung einer Handlung vor Erfolgseintritt aber sind die Ausführungen Münzbergs (S.144 ff.) über die "Eignung" der Handlung durchaus bedeutsam.

256) Vgl. BVerfG 13/233 f.; dieser Grundsatz ist auch im Rechtsstaatsprinzip mit enthalten. Zur Notwendigkeit einer Offenkundigkeit s. außer Fabricius (FN 4) und ähnlich Esser II, S.403 f.,auch eingehend Koziol, S.174 ff. mit weit. Nachw. S.179 f. (Koziol müßte die Notwendigkeit einer Offenkundigkeit bejahen, wenn er der klassischen Rechtswidrigkeitslehre folgen würde, da er für das Rechtswidrigkeitsurteil neben der Offenkundigkeit nur die tatsächliche Kenntnis des Verletzers ausreichen läßt.), sowie Westermann, Sachenrecht, S.13; Hubmann, S.142.

1. Die Abhängigkeit der Normgeltung von der Einsichtsfähigkeit des jeweiligen Normadressaten

Die volle Geltung des Grundsatzes, daß frei nur handeln kann, wer die Folgen seines Tuns voraussehen kann, läßt sich nur auf einem Weg erreichen: es muß festgelegt werden, daß eine Norm nur gilt, wenn der Adressat ihre Anwendbarkeit im Einzelfall erkennen kann. Anderenfalls müßte eine Norm in ihren Voraussetzungen so umschrieben sein, daß in jedem möglichen Fall sie jedem beliebigen Betroffenen tatsächlich erkennbar ist. Dies ist aber nicht durchführbar.

Die Annahme, daß eine Norm nur dann Geltung beanspruchen könne, wenn der Betroffene ihre aktuelle Anwendbarkeit tatsächlich einsehen konnte, wird aber abgelehnt, weil diese Auffassung in Widerspruch gerate zu dem Grundsatz, aus dem sie selbst abgeleitet wurde. Es gibt Fälle, wie z.B. beim präventiven Rechtsgüterschutz, wo die Anwendbarkeit einer Norm nicht nur für den Handelnden, sondern auch für Dritte, insbesondere für den Rechtsinhaber, bedeutsam ist. Will dieser Notwehr üben, so müsse er erkennen können, ob der Angreifer rechtswidrig handelt, was nicht möglich ist, wenn dies von der ihm regelmäßig unbekannten Einsichtsfähigkeit des Angreifers abhängt. Die Notwendigkeit, Rechtsfolgen eigenen Handelns voraussehen zu können, gelte aber für jedermann in gleicher Weise.[257)]

Diese Kritik erscheint jedoch nicht treffend: In ihr wird davon ausgegangen, daß im Ansatzpunkt eine Norm auch dann gilt, wenn ihre Anwendbarkeit nicht einsehbar ist.[258)] Nur daraus

---

257) Vgl. Münzberg, S.236. Daß er von einem anderen Ausgangspunkt ausgeht, nämlich der Abhängigkeit von Sollen und Können, spielt keine Rolle.

258) Vgl. Münzberg aaO.: "Hängt aber die Rechtswidrigkeit des Verhaltens von der Rechtswidrigkeit ... des andern Verhaltens ab ..."

ergibt sich zusammen mit dem Grundsatz, daß frei nur entscheiden kann, wer die Folgen seines Handelns voraussehen kann[259], daß die Folgen, welche die Rechtsordnung anknüpft, vor der Tat erkennbar sein müssen. Geht man aber davon aus, daß die Rechtsordnung an ein Verhalten sowieso nur die erkennbaren Folgen anknüpft, so ist der Ausgangspunkt für die Kritik bereits verlassen. So braucht der sich Verteidigende die Bewertung des gegnerischen Verhaltens durch die Rechtsordnung gar nicht zu wissen, da sein Gegenangriff nur dann rechtswidrig ist, wenn er die Rechtmäßigkeit des gegnerischen Verhaltens einsehen konnte.

Treffend erscheint dagegen eine andere Kritik, daß durch die Abhängigkeit der Normgeltung vom jeweiligen Horizont des Handelnden, der Dritten regelmäßig nicht erkennbar ist, der Rechtsgüterschutz unzulässig verkürzt würde: einmal wäre keine Abwehrmöglichkeit gegenüber schuldlos Uneinsichtigen gegeben, auch dann nicht, wenn es sich um hochwertige Rechtsgüter handelt, wie z.B. Leben, Gesundheit o.a.[260] Zum anderen würde sich die Mangelhaftigkeit des Schutzes geradezu potenzieren, wenn präventive Schutzmaßnahmen getroffen werden. Der Angegriffene weiß nicht, ob er rechtswidrig angegriffen wurde, der Gegner weiß nicht, ob er die Notwehr dulden muß.[261] Das Recht hätte seine Aufgabe, zum Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit die Rechtssphären der einzelnen gegeneinander abzugrenzen und zu schützen[262],

---

259) Bzw. zusammen mit dem Grundsatz, daß die Rechtsordnung nicht mehr fordern kann, als der Angesprochene leisten kann; vgl. FN 257.

260) Hier würde tatsächlich volle Narrenfreiheit proklamiert.

261) Das sieht auch Münzberg richtig (S.235 f.): "Überspitzt kann man sagen, daß ... der Kampf aller gegen alle vom Recht gefördert wird." Er hält dieses Argument aber nicht für ausschlaggebend.

262) Art.2 I GG: Freie Entfaltung der Persönlichkeit läßt sich nur erreichen, wenn das Recht eines jeden einzelnen gegen das Recht der anderen abgegrenzt wird.

verfehlt. Wendet sich aber der hier kritisierte Ansatz in so erheblichem Maß gegen den Grundsatz, aus dem er letztlich hergeleitet wurde, so ist er nicht mehr als richtige Ableitung anzusehen. Die Geltung einer Norm ist daher jedenfalls dort, wo es sich um den präventiven Rechtsgüterschutz handelt, nicht von der Einsichtsfähigkeit des jeweiligen Normadressaten abhängig.[263)]

2. Die Abhängigkeit der Normgeltung von der Einsichtsfähigkeit des Durchschnittsrechtsgenossen

Der Grundsatz, daß die Rechtsordnung an ein Verhalten nur die tatsächlich einsehbaren Folgen anknüpfen kann, ist nicht durchführbar, eine Norm hat also unabhängig von der Einsehbarkeit im Einzelfall Geltung. Es verbleibt aber die Möglichkeit zu fordern, daß entweder eine Norm dann keine Geltung haben solle, wenn diese im Einzelfall auch einem Durchschnittsrechtsgenossen nicht erkennbar ist oder jedenfalls, daß eine Norm so gestaltet werden muß, daß im Normalfall ein durchschnittlicher Mensch die Normgeltung einsehen kann.

Erstere Möglichkeit läßt sich aus dem Grundsatz, daß frei nur entscheiden kann, wer die Folgen seines Tuns vorhersehen kann, jedenfalls nicht zwingend folgern, da hier in allerdings viel schwächerer Form dasselbe gilt, was gerade für die Abhängigkeit der Normgeltung von der Erkenntnisfähigkeit des Adressaten gesagt wurde: In vielen Fällen ist einem Angegriffenen die Situation, aus der heraus der Gegner handelt, nicht klar. Er kann dann nicht beurteilen, ob ein Durchschnittsrechtsgenosse anstelle des Angreifers die Anwendbarkeit der Norm hätte erkennen können. Auch der Angrei-

263) Bei anderen Gebieten mag anderes gelten: vgl. die staatlichen Strafdrohungen.

fer selbst, der sich vor das Problem gestellt sieht, ob er Abwehrmaßnahmen zu dulden hat oder nicht, wird die Frage kaum beantworten können. Es droht bei präventiven Schutzmaßnahmen eine Eskalation von Angriff und Gegenangriff. Aber schon allein die Verkürzung des Rechtsgüterschutzes, die darin liegt, daß auch hochwertige Güter gegen objektiv sorgfaltswidrige Verletzungen nicht geschützt werden können, zeigt den Konflikt, in dem der hier aus Art.2 I GG hergeleitete Grundsatz mit dem ebenfalls von Art.2 I GG geforderten Rechtsgüterschutz steht. Da Art.2 I GG selbst keine eindeutige Lösung dieses Konfliktes gibt, ist es dem Gesetzgeber jedenfalls nicht verwehrt, den Rechtsgüterschutz vorzuziehen. Ob er dies tun muß, ist eine andere Frage.

3. Die Einsichtfähigkeit des Durchschnittsrechtsgenossen im Normalfall als Maßstab der Normgestaltung

Damit verbleibt nur die Forderung, eine Norm müsse so beschaffen sein, daß ein Durchschnittsrechtsgenosse im Normalfall ihre Geltung einsehen kann. Das gilt einmal für die tatsächlichen Voraussetzungen, an welche die Rechtsfolgen angeknüpft werden, gleichzeitig aber auch für diese selbst, also die Feststellung, daß ein bestimmter Sachverhalt von der Rechtsordnung in ganz bestimmter Weise geregelt wird. Soll ein Recht als absolutes anerkannt werden, so muß es danach mit solchen tatsächlichen Gegebenheiten verbunden sein, daß ein Dritter regelmäßig aus ihnen schließen kann, daß ein bestimmtes Verhalten als rechtswidrig angesehen wird.[264] Ein Recht, das diese Voraussetzungen erfüllt, das sozialtypisch offenkundig ist[265], ist dann geschützt, auch wenn es im Einzelfall nicht erkannt werden konnte. Richtschnur für das Verhalten des angegriffenen Rechtsinhabers

---

264) Vgl. Fabricius AcP 160/295.

265) Fabricius aaO.

wie für den Gegner ist allein die regelmäßig leicht erkennbare Tatsache der Rechtsverletzung oder ihr unmittelbares Bevorstehen. Es wird so ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsschutz gewährleistet.

Die einzige Beschränkung des Rechtsgüterschutzes liegt darin, daß Güter, mit denen nicht solche regelmäßig erkennbaren Gegebenheiten verbunden sind, daß aus ihnen ein Dritter die Rechtslage erschließen kann, nicht schützbar sind. Solche Fälle sich jedoch selten. Bei den bisher als nach § 823 I BGB schützbar anerkannten Gütern ist eine Offenkundigkeit gegeben.[266] Wo diese einmal fehlen sollte, bleibt immer noch der Weg, einen weitgehenden Schutz durch Aufstellen von Verhaltensnormen zu erreichen. Zwischen dem nach Art.2 I GG geschützten Interesse des einzelnen an einer Transparenz der ihn betreffenden Rechtslage und dem ebenfalls in Art.2 I GG verankerten Interesse an Rechtsgüterschutz ist somit mit der Formel, daß im Bereich des Rechtsgüterschutzes im Normalfall eine Norm dem Adressaten erkennbar sein muß, ein tragfähiger Ausgleich gefunden worden. Ein Abstellen der Normgeltung auf den Horizont des Betroffenen enthält eine unzulässige Beeinträchtigung des Rechtsgüterschutzes, das Abstellen auf den Horizont des Durchschnittsrechtsgenossen im jeweiligen Einzelfall mag der Rechtsordnung nicht immer verwehrt sein. Gezwungen ist sie dazu nicht. Dagegen darf hinter die Erkennbarkeit einer Norm im Normalfall nicht zurückgegangen werden, da sonst das Interesse des einzelnen an freier Entscheidung keinerlei Berücksichtigung mehr fände, wozu angesichts des auf jeden Fall garantierten Maßes an Rechtsgüterschutz keine Veranlassung besteht.

---

266) Vgl. Fabricius aaO., S.290 ff., 297 ff.

C. Die Folgen der Notwendigkeit einer Offenkundigkeit

Die tatsächlichen Gegebenheiten, an welche bei der elterlichen Gewalt die den Dritten betreffenden Normen anknüpfen, sind diesen teilweise auch nicht im Normalfall erkennbar. Zwar ist regelmäßig feststellbar, ob ein Mensch unter elterlicher Gewalt steht.[267] Ob jemand noch nicht 21 Jahre alt ist, ist meist bereits an äußeren Gegebenheiten erkennbar, im Grenzfall durch Frage leicht nachzuprüfen.[268] Allein mit der Tatsache der Minderjährigkeit ist regelmäßig das Bestehen einer elterlichen Gewalt verbunden. Doch genügt diese Erkenntnis allein dem Dritten nur dort, wo die Eltern eine Absolutheit der Zuständigkeit haben: jede Anmaßung der fest umschriebenen elterlichen Zuständigkeit ist rechtswidrig, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund, vor allem durch Geschäftsführung ohne Auftrag, eingreift. Für den gesamten, vor allem interessierenden Bereich der Erziehung, wo nur die den elterlichen Vorstellungen widersprechende Beeinflussung verboten ist, reicht die Erkenntnis nicht aus. Ein Dritter müßte, um die rechtliche Bewertung seines Umgangs mit dem Kind ermessen zu können, die Vorstellungen der Eltern kennen. Das ist regelmäßig nicht der Fall. Es würde eine Bekanntschaft mit den Eltern voraussetzen, da aus dem Gesamtverhalten des Kindes, von dem ein Dritter zudem oft nur wenig weiß, nur unzulängliche Schlüsse gezogen werden können. Auf einen Normaltypus der Eltern kann ein Dritter ebenfalls nicht abstellen, da es diesen nicht gibt. In dem hier allein interessierenden Bereich haben die Eltern gerade einen Entscheidungsspielraum, innerhalb dessen höchst verschiedene Vorstellungen zum Zug kommen können und auch tatsächlich kommen, je pluralistischer eine Gesellschaft ist.

---

267) Fabricius aaO., S.301.

268) Die Bedenken Löwischs, S.44 bei FN 105, überzeugen daher nicht.

VI. Die Auswirkungen der neueren Rechtswidrigkeitslehre

Eine ganz andere Lage ergibt sich nun, wenn man von einer neueren Lehre der Rechtswidrigkeit ausgeht. Ohne daß hier auf die jeweiligen Verschiedenheiten der einzelnen Vertreter der neueren Lehre eingegangen werden kann[269], interessiert ihre gemeinsame Grundposition: Danach ist eine Verletzung einer in § 823 I BGB geschützten Stellung nur dann rechtswidrig, wenn der Verletzende vorsätzlich oder unter Mißachtung der objektiv im Verkehr erforderlichen Sorgfalt handelte.[270] Es gilt dann für die Feststellung der Rechtswidrigkeit dasselbe, was oben[271] für die deliktische Verantwortung gesagt wurde: Den Grenzen des fremden Rechts darf die allgemeine Offenkundigkeit fehlen; rechtswidrig handelt ja nur, wer die Grenzen zumindest bei Anwendung der objektiv im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen konnte.

Nun mögen auch bei Vertretern der neueren Rechtswidrigkeitslehre jeweils Bereiche verbleiben, wo es auf die Offenkundigkeit der Außenseite eines Rechtes deshalb ankommt, weil hier nicht der Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten Voraussetzung für die Anknüpfung rechtlicher Folgen an ein Verhalten ist. Das gilt etwa für die Annahme, jeder unmittelbare Eingriff in ein Herrschaftsrecht sei ohne weiteres rechtswidrig[272], aber auch für die Behauptung, beim präven-

---

269) Vgl. dazu Larenz, Festschr.f.Dölle, S.170 ff.; Deutsch, S.46 ff.

270) Enn.-Nipperdey, S.1279 ff. (1290 f., 1295 f.); v.Caemmerer, Wandlungen, S.484 f. (mit Ausnahme 485) u. S.547 ff.; R.Weimar JuS 62/134 ff.; Esser I, S.647 u. II, S.393; BGHZ(GS) 24/21 ff. (jedenfalls für den Straßen- und Schienenverkehr); für die Fahrlässigkeitstat auch Wiethölter, passim.

271) § 4, 3.Kap., V.A nach FN 251.

272) v.Caemmerer, Wandlungen, S.484f. und Die absoluten Rechte, S.556 f.

tiven Rechtsgüterschutz komme es auf das vom objektiven Sorgfaltsverstoß des Täters unabhängige "Duldenmüssen" des Berechtigten an[273], oder wenn aus anderen Gründen der Einwand des verkehrsgemäßen sorgfältigen Verhaltens bei §§ 858/1004 BGB für abgeschnitten gehalten wird.[274] Doch hindern diese Einschränkungen bei den einzelnen Vertretern der neueren Rechtswidrigkeitslehre nicht, diese generell auf alle einschlägigen Gebiete anzuwenden[275]. Dies gilt vor allem auch im Bereich des präventiven Rechtsgüterschutzes, wo der Problemstreit neben der hier nicht interessierenden Frage des § 831 BGB seine eigentliche Bedeutung hat[276] und der letztlich auch für die Frage nach dem Schutz des Elternrechts allein bedeutsam ist. Dann aber kann bei der Umschreibung der Außenseite eines absoluten Rechtes auf den Grundsatz der Erkennbarkeit verzichtet werden. Es kommt damit für die Frage, ob die elterliche Gewalt auch bezüglich des Erziehungsrechtes als absolutes Recht anerkannt werden kann, darauf an, wie die neue Rechtswidrigkeitslehre zu beurteilen ist.

VII. Ablehnung der neueren Rechtswidrigkeitslehre

Die neuere Lehre hält, wie dargelegt, ein Verhalten nur dann für rechtswidrig, wenn der Handelnde vorsätzlich oder unter

---

273) Enn.-Nipperdey, S.1296 ff.: das Verhalten ist dann zwar nicht rechtswidrig, aber es knüpfen sich doch Rechtsfolgen daran; Esser I, S.67 bei FN 22, II S.469 bei und mit FN 35.

274) Wiethölter, S.54 f.; das gilt für ihn nicht bei der Notwehr.

275) Ohne Einschränkung R.Weimar JuS 62/134 ff. Auch die Lehre v. Caemmerers ergibt dies, wenn man mit Nipperdey und Wiethölter die Einschränkungen v.Caemmerers ablehnt; vgl. zur Kritik dieser Einschränkungen als mit der finalen Handlungslehre nicht vereinbar Stoll AcP 162/206 ff.

276) Beim repressiven Rechtsgüterschutz ist es eine Frage der systematischen Erfassung.

Mißachtung der objektiv im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorgegangen ist. Diese Einschränkung der klassischen Rechtswidrigkeitslehre kann, wie oben nachgewiesen wurde, nicht allein aus dem Satz, daß frei nur handeln könne, wer die Folgen seines Verhaltens vorhersehen kann, abgeleitet werden: soweit der Bereich des Rechtsgüterschutzes betroffen ist, steht es jedenfalls der Rechtsordnung frei, nicht darauf abzustellen, ob ein Durchschnittsrechtsgenosse an Stelle des Handelnden die Normgeltung erkennen konnte.

A. Die Ableitung aus dem finalen Handlungsbegriff und Kritik

Zur Begründung der neuen Rechtswidrigkeitslehre wird teilweise die im Strafrecht entwickelte "finale Handlungslehre"[277] herangezogen.[278] Sie hält es für eine vorrechtliche, ontologische Gegebenheit[279], daß das wesentliche Merkmal einer menschlichen Handlung - eben gerade im Unterschied zu den Kausalprozessen der Natur - die ihr innewohnende Finalität ist: Kraft einer Fähigkeit, Kausalprozesse vorauszusehen und gestaltend in sie einzugreifen, kann der Mensch diese final überdeterminieren. Als menschliche Handlung könne daher nur das zweckgerichtete Handeln angesehen werden.

Als vorrechtliche Gegebenheit ist dieser Handlungsbegriff heute weitgehend anerkannt.[280] Es fragt sich, welche Kon-

---

277) Vgl. dazu Welzel, Strafrecht, S.33 ff.

278) So Enn.-Nipperdey, S.1288.

279) So ausdrücklich Niese JZ 56/457 ff.; Enn.-Nipperdey, S.860 f.; vgl. auch Esser I, S.59 f.

280) Vgl. Deutsch, S.87 bei und mit FN 129; Larenz, Festschr. f.Dölle, S.176; Niese, S.8 f.

sequenzen für die Rechtsordnung aus ihm zu ziehen sind, und hier besteht der eigentliche Streit. Teilweise wird die finale Handlungslehre , die vom finalen Handlungsbegriff zu trennen ist, damit begründet, daß das Recht an die Seinsgegebenheiten des Lebens anknüpfe, also auch an der Finalität als dem Wesensmerkmal menschlichen Handelns nicht vorbeigehen könne.[281] Dabei wird aber nicht genügend berücksichtigt, daß menschliches, also finales Handeln sich in der rechtlich allein interessierenden, nach außen wirkenden tatsächlichen Ausgestaltung - was im Inneren des Menschen bleibt, ist rechtlich irrelevant - anders entwickeln kann, als es vom Handelnden gewollt war. Damit ist die Finalität nicht der einzig mögliche Anknüpfungspunkt bei der rechtlichen Beurteilung menschlichen Handelns.[282] Die Fahrlässigkeitsfälle enthalten bereits Beispiele der Inkongruenz zwischen gewolltem und tatsächlichem Handlungsablauf.[283] Doch kann hier der Hinweis helfen, daß auch bei

---

281) Welzel, Strafrecht, S.37; Niese, S.12.

282) Vgl. vor allem Larenz, Festschr.f.Dölle, S.183 ff. und die Unterscheidung einer äußeren und einer inneren Seite einer Handlung im Anschluß an Hegel bei Larenz I, 6.Aufl. 1963, S.219 und FN 1.

283) Jedenfalls bei der unbewußten Fahrlässigkeit; zur Frage, ob die bewußte von der Finalität einer Handlung mit umfaßt ist, vgl. Nowakovsky JZ 58/338(V.) u. 388. Vgl. Niese, S.58: fahrlässige Handlung ist eine "rechtlich mißbilligte Erfolgsverursachung durch eine in ihrer Finalität nicht mißbilligten Handlung". Damit liegt der Unterschied zu den Unterlassungsdelikten wohl nur noch darin, daß bei diesen überhaupt keine Überdeterminierung erfolgt. Sieht man den Unterschied nicht als entscheidend an, so ergibt sich bereits daraus, daß bei den Unterlassungsdelikten die Gebotsverletzung Rechtswidrigkeitsvoraussetzung ist, daß dies auch bei den Fahrlässigkeitsdelikten so sein muß. Vgl. auch die Bemühungen, aus der Ähnlichkeit der Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikte Schlüsse zu ziehen, z.B. Wiethölter, S.37 ff.; Enn.-Nipperdey, S.1281; v.Caemmerer, Die absoluten Rechte, S.560; kritisch Weitnauer Karlsruher Forum 61/31.

den Fahrlässigkeitsdelikten die willentliche Überdeterminierung des Kausalablaufes im Mittelpunkt des Interesses stehe: Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn die Überdeterminierung nicht sorgfältig genug erfolgte. Der entscheidende Schluß aber, daß bereits das Rechtswidrigkeitsurteil an die Mangelhaftigkeit der Überdeterminierung anknüpfen muß und nicht auf sonstige, von der Finalität nicht umfaßte Fakten abstellen darf, wird von den Anhängern der finalen Handlungslehre nicht mehr allein aus dem finalen Handlungsbegriff gezogen.[284] Damit geben sie aber praktisch zu, daß es mit diesem Begriff vereinbar ist, wenn die Rechtsordnung trotz der unbestrittenen Finalität menschlichen Handelns auch an den tatsächlichen Handlungsablauf anknüpft ohne Rücksicht auf den jeweiligen Charakter der der Handlung zugrunde liegenden Finalität.[285] Die finale Handlungslehre kann also bereits bei den Fahrlässigkeitsdelikten nicht allein aus dem finalen Handlungsbegriff erklärt werden. Zudem bleibt die Frage, wie aus diesem Begriff das Verbot an die Rechtsordnung ableitbar sein soll, auch an nicht einmal fahrlässig durch finales Handeln verursachte Handlungsabläufe anzuknüpfen.

---

284) Vgl. Niese, S.59 ff.: Begründung aus der Sozialadäquanz; Enn.-Nipperdey, S.1294: Begründung daraus, daß das Recht jedenfalls auch als Verhaltensordnung gesehen werden muß, die nichts Unmögliches verlangen können; Welzel, Fahrlässigkeit, S.26 f.: Ausgehen von der Imperativentheorie.

285) Um die Notwendigkeit dieser Rücksichtnahme aber geht der eigentliche Streit zwischen der finalen und der kausalen Handlungslehre: letzterer genügt es, daß einem menschlichen Verhalten tatsächlich eine Finalität zugrunde liegt (Reflexhandlung o.ä. genügt nicht), während die finale Handlungslehre glaubt, daß jede menschliche Handlung nur unter Berücksichtigung des jeweiligen Charakters der zugrunde liegenden Finalität verstanden werden kann (vgl. Welzel, Fahrlässigkeit, S.13 FN 24).

B. Die Ableitung aus der Imperativentheorie und Kritik

1. Die Ableitung aus der Imperativentheorie ist konsequent

Die Anhänger der neueren Rechtswidrigkeitslehre gehen davon aus, daß die Normen der Rechtsordnung Ge- und Verbote enthalten[286], dem einzelnen Pflichten auferlegen. Pflichten richten sich aber an den menschlichen Geist, über den sie allein wirken können[287], vor allem an die Willensbildung in Richtung auf eine bestimmte Überdeterminierung der Kausalabläufe bzw. auf deren Unterlassung. Daraus folgt zweierlei: Die Rechtswidrigkeit ist als Pflichtwidrigkeit zu verstehen[288] und als pflichtwidrig kann dann folgerichtig nur ein Verhalten angesehen werden, bei dem die geistige Leistung mit dem Geforderten nicht übereinstimmt. Zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Handlung genügt es dann nicht mehr, sich mit der kausalen Handlungslehre auf die Feststellung zu beschränken, daß einem Verhalten eine Finalität zugrunde liegt: auf den jeweiligen Charakter der geistigen Leistung kommt es an, er ist bei der Umschreibung der Rechts- und Pflichtwidrigkeit zu beachten.

---

286) Sie sind Anhänger der Imperativentheorie: Larenz, Festschr.f.Dölle, S.181 mit Nachweisen FN 30; s. zusätzlich Welzel, Fahrlässigkeit, S.26 f.; Münzberg, S.10 f., 49 ff. Zur Imperativentheorie allgemein Larenz, Methodenlehre, S.182 ff.; Es soll hier nicht auf die Frage eingegangen werden, wie sich Imperativentheorie und Theorie der Bestimmungsnorm zueinander verhalten (vgl. dazu Münzberg, S.9 bei und mit FN 26 und 50 (FN 98)). Entscheidend ist, daß als Inhalt der Normen Gebote und Verbote angesehen werden. Dazu, daß der Begriff Bestimmungssätze auch im Sinn von Geltungsanordnungen verstanden werden kann, vgl. Larenz, Methodenlehre, S.187 f.; s.a. u. § 4, 3.Kap., VII B. 2 bei FN 295.

287) Enn.-Nipperdey, S.1288; Münzberg, S.53.

288) So Münzberg, S.49 ff., 62 bei und mit FN 125, S.10 bei FN 292 mit Nachweisen. Zur Frage nach dem Begriff der Rechtswidrigkeit vgl. z.B. Deutsch, S.200 und Wiethölter, S.29 u. FN 88.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn es gelänge, vom tatsächlichen, äußeren Handlungsablauf, auf den die kausale Handlungslehre allein abstellt, auf eine Pflichtwidrigkeit im genannten Sinn zu schließen. Das würde voraussetzen, daß sich Normen aufstellen ließen, nach denen die bloße Verursachung bestimmter Handlungsabläufe ge- oder verboten wäre, wie etwa das Gebot, jeden Eingriff in das menschliche Leben zu unterlassen (Du sollst nicht töten).

Die Aufstellung solcher Ge- und Verbote ist möglich, jedoch nicht sinnvoll, worauf die Vertreter der neueren Rechtswidrigkeitslehre immer wieder hinweisen: Die Erfüllung der so umschriebenen Pflichten wäre dem Menschen nur möglich, wenn er auf jedes Tätigwerden verzichtete[289] - was von der Rechtsordnung sicher nicht gewollt ist. Denn der Mensch kann die Steuerung der Kausalabläufe nicht so perfekt durchführen, daß keine von der Rechtsordnung mißbilligten tatsächlichen Handlungsabläufe oder Erfolge entstehen können.[290] Die Rechtsordnung würde sich daher mit der Aufstellung solcher Pflichten zu sich selbst in Widerspruch setzen[291]. Zum anderen ist schon als solches ein Sollen, dem nicht grundsätzlich ein Können entspricht, wenig sinnvoll.[292] Die Beschreibung des tatsächlichen äußeren Hand-

---

289) Vgl. Niese, Finalität, S.60 bei und mit FN 78; Enn.-Nipperdey, S.1284 f.; Welzel, Fahrlässigkeit, S.9.

290) Enn.-Nipperdey, S.1294.

291) Vgl. den Hinweis, daß die Rechtsordnung die unvermeidbaren Folgen erlaubten Tuns billige; Niese, Finalität, S.60; Welzel, Fahrlässigkeit, S.9; Enn.-Nipperdey, S.1284; s.auch v.Caemmerer, Die absoluten Rechte, S.557.

292) Vgl. zur Abhängigkeit von Sollen und Können Wiethölter, S.36; eingehend Münzberg, S.181 ff.; Deutsch, S.81 f. Dabei dürfen die Schwierigkeiten nicht übersehen werden, die sich bei der Anwendung dieses Grundsatzes ergeben: Auf die jeweilige Leistungsfähigkeit des Normadressaten kann nicht abgestellt werden, aus denselben Gründen, die o. § 4, 3.Kap., V B 1. bei FN 261 angeführt wurden (s.Münzberg, S.205 ff., 223 ff.(235 ff.). Stellt man aber auf die Fähigkeiten eines Durchschnittsrechtsgenossen ab, so ist für den Unterdurchschnittlichen die

lungsablaufes genügt damit nicht, die Pflichtwidrigkeit jedes Einzelaktes zu umschreiben. Geht man von der Imperativentheorie aus, so ist die neuere Rechtswidrigkeitslehre folgerichtig.[293] Die Kritik hat also bei der Frage, ob die Rechtsordnung nur Gebote und Verbote enthält, anzusetzen.

2. Die Ablehnung der Imperativentheorie

Die Kritik der Imperativentheorie richtet sich nun nicht dagegen, daß das Recht Ge- und Verbote enthalte, sondern gegen das Bemühen, das Wesen und den Sinn der Norm allein im Befehl zu sehen.[294] Es wird vorgebracht, daß die Rechtsordnung auch bloße Bewertungen vornehme[295], insbesondere die Bewertung, daß etwas rechtswidrig oder rechtmäßig sei.

Erfüllung des Geforderten genauso unmöglich wie für den Durchschnittlichen die Beherrschung der Kausalabläufe. Für den Normalfall ist aber die Abhängigkeit von Sollen und Können berücksichtigt.

293) Einen Ausweg bietet auch nicht die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit als bloße objektive Pflichtwidrigkeit zu fassen. Damit kann entweder gemeint sein, daß die Pflicht an lediglich objektive Gegebenheiten anknüpft, was der Abhängigkeit von Sollen und Können widerspräche, oder es wird ausgedrückt, daß nur der objektive Teil einer Pflicht, die auch von subjektiven Momenten ausgeht, verletzt ist, der Teil etwa, der das äußere Verhalten umschreibt, den zu vermeiden man sich nach dem Inhalt der Pflicht bemühen soll. Dann aber besteht kein Unterschied zur Fassung der Rechtswidrigkeit als bloßer Bewertung eines Geschehens (vgl. sogleich im Text) und man sollte aus Gründen der begrifflichen Klarheit hier überhaupt nicht von einer Pflichtwidrigkeit sprechen.

294) Vgl. Larenz, Festschr.f.Engisch, S.157 ff.

295) Objektive Bewertungsnorm: vgl. Mezger-Blei, S.99; Maurach AT § 24 II 2; Beling, S.172: Das Recht setzt sich zum Geschehen und Sein in "hassende und liebende Beziehung"; Nagler, S.314 ff.; Weitere Nachw. bei Münzberg, S.49 f. FN 98.
Auch wenn man die Rechtssätze als Bestimmungssätze faßt, die auf der Ebene des rein Rechtlichen anordnen, daß etwas gelten soll (vgl. Larenz, Festschr.f.Engisch, S.150 ff.), so ist es möglich, den Rechtssatz aufzustellen, daß ein bestimmter äußerer Handlungsablauf rechtswidrig ist.

Objekt einer Bewertung und damit auch des Rechtswidrigkeitsurteils ist aber nicht notwendig die geistige Leistung eines Menschen, vielmehr kann es auch ein äußerer Handlungsablauf sein, aber genauso ein Zustand oder ein Geschehen, das nicht auf ein menschliches Verhalten zurückführbar ist.[296] Folgt man einer dieser Betrachtungsweisen, so ist der Weg zur neueren Rechtswidrigkeitslehre durchaus noch offen, der zur kausalen aber nicht verbaut. Der Streit um die Frage, ob die Rechtsordnung selbst auch bloße Bewertungen enthält, diese nicht nur als Motive hinter der Rechtsordnung stehen[297], soll hier nicht auf seine rechtsphilosophische Grundlage untersucht werden.[298] Es soll auch nicht geprüft werden, welche Position "richtig" oder "falsch" ist, sondern allein, mit welcher Ansicht es besser gelingt, die vorgegebenen Erscheinungen der Rechtsordnung zu erfassen.

Als mehr formaler Gesichtspunkt, der gegen die Imperativentheorie spricht, fällt ihre Enge auf.[299] Um die Theorie aufrecht erhalten zu können, muß man alle Rechtssätze auf Ge- oder Verbote zurückführen[300]: Jede Rechtswidrigkeit kann nur als Pflichtwidrigkeit, ein Recht nur als "façon de parler" für eine Pflichtenkonstellation, als bloßer Reflex von Pflichten anderer[301] verstanden werden. Eine ganze Reihe von Rechtssätzen wie z.B. die Gewährung einer Vertretungsmacht, sind nur als Hilfssätze zu begreifen.[302] Gewichtiger aber erscheint, daß die Imperativentheorie den Erscheinungen der Rechtsordnung nicht voll gerecht werden

---

296) Nagler, S.319; Münzberg, S.8; vgl. auch Larenz, Festschr.f.Dölle, S.182; Welzel, Fahrlässigkeit, S.26; bei einem Abstellen auf den tatsächlichen Handlungsablauf kann (nur) festgestellt werden, daß bestimmte Folgen "rechtlich erwünscht" sind.

297) Z.B. Münzberg, S.62; Engisch, Einführung, S.27 f.

298) Vgl. dazu Larenz, Festschr.f.Engisch, S.159 ff.

299) Vgl. Nagler, S.319; "beengende Bande" der Imperativentheorie.

300) Larenz, Methodenlehre, S.183 und dazu, daß die Einengung auch rechtsphilosophisch bedenklich ist, Festschr.f. Engisch, S.158 ff. (160).

301) S.o. § 4, 3.Kap., I, B 1. bei FN 126.

302) Larenz, Methodenlehre, S.184 f. mit weit. Beispielen.

kann. Für die Erklärung der subjektiven Rechte wurde dies bereits oben ausgesprochen.[303] Gleiches gilt aber auch für das jetzt zur Diskussion stehende Problem der Rechtswidrigkeit.

Es ist allgemein, auch von den Vertretern der neueren Rechtswidrigkeitslehre anerkannt, daß die Rechtsordnung von ganz bestimmten Wertungen ausgeht[304], etwa, daß eine Verletzung des menschlichen Lebens, des Eigentums oder eines sonstigen Interesses unerwünscht ist. Die Anhänger der Imperativentheorie sind nun der Ansicht, daß diesen Bewertungen innerhalb der Rechtsordnung keinerlei selbständige Bedeutung beikomme, daß sie nur Motive für die Befehle seien, welche die Rechtsordnung ausschließlich enthalte. Die Bewertung allein nämlich, etwa daß jede Eigentumsverletzung rechtswidrig sei, sei rein "platonisch".[305] Das menschliche Leben gestalten i.S. ihrer vorgenommenen Bewertungen könne die Rechtsordnung allein durch Imperative.

Der Auffassung, daß eine bloße Bewertung kaum unmittelbare Gestaltungskraft besitze, ist zuzustimmen. Es fragt sich aber, ob nicht ein auf einer bloßen Bewertung beruhendes Rechtswidrigkeitsurteil durchaus bedeutsam und sinnvoll sein kann: Es kann als Ausgangspunkt für weitere Anordnungen der Rechtsordnung dienen, die dann durchaus vor allem Imperative enthalten können[306], möglicherweise aber auch andere Anordnungen, wie z.B. Erlaubnisse (etwa Notwehr zu üben).[307]

---

303) Vgl. § 4, 3.Kap., I. B 1. bei FN 126.

304) S.o. FN 297.

305) Engisch, Einführung, S.28.

306) Vgl. z.B. Mezger-Blei, S.99.

307) Die Frage, ob diese wiederum mit Imperativen faßbar sind, steht hier nicht im Mittelpunkt des Interesses. Es geht allein um die Folgerung der Imperativentheorie, daß Rechts- und Pflichtwidrigkeit zusammenfallen.

Dieser Ansatzpunkt brächte den Vorteil mit sich, daß die Rechtsordnung auch tatsächliche Kausalabläufe erfassen kann, die nicht auf Pflichtwidrigkeiten zurückgehen.[308] Daran ist der Rechtsordnung jedenfalls beim privatrechtlichen Rechtsschutz gelegen.

Die konsequente Anwendung der Imperativentheorie, nach der, wie gezeigt wurde, das Rechtswidrigkeitsurteil auch an subjektive Momente der Handlung anknüpft, führt dagegen zu einer Einschränkung des Rechtsgüterschutzes[309]: Auch der präventive, reindefensive Rechtsschutz wird versagt, wenn die störende Handlung nur objektiv sorgfältig durchgeführt wurde. Diese Auffassung widerspricht aber dem Wortlaut des Gesetzes[310]: Das BGB trennt in § 823 BGB eindeutig zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit einerseits und Widerrechtlichkeit andererseits. Das Notwehrrecht (§ 227 II BGB) wird bereits gegen nur widerrechtliche Angriffe gegeben. Auch die Ansprüche aus § 1004 BGB knüpfen an die Beeinträchtigung als solche an, jedenfalls nicht ausdrücklich an finale Momente. Entscheidend ist aber, daß die notwendigen Konsequenzen der Imperativentheorie auch den Intentionen des Zivilrechts widersprechen. Das Zivilrecht, das die Beziehungen der einzelnen Menschen untereinander auf der Ebene der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung regelt[311], hat die Interessensphären der einzelnen gegeneinander abzugrenzen, aber auch zu schützen, indem sie bevorstehende Störungen zu verhindern sucht und erfolgte ausgleicht.[312] Ob fremde

---

308) Ob man dann auch reine Reflexhandlungen als mögliche Objekte des Rechtswidrigkeitsurteils ansehen sollte, kann hier dahinstehen. Vgl. Enn.-Nipperdey, S.1297 ff.

309) Vgl. die Ansichten von R.Weimar JuS 62/136 f.; v.Caemmerer, Die absoluten Rechte, S.567 (aber mit Einschränkungen, vgl.o. FN 87); Wiethölter, S.54 (aber nur für die Notwehr).

310) Vgl. Larenz, Festschr.f.Dölle, S.194 ff.

311) Vgl. Larenz AT, S.1; Lehmann-Hübner, S.1.

312) Vgl. Deutsch, S.88 u.216; Münzberg, S.74 f.; Niese JZ 56/463.

Interessen gestört werden, entscheidet aber allein der tatsächliche, äußere Ablauf einer Handlung. Finale Elemente interessieren primär nicht.[313] Wenn man auf sie abstellen würde, so würde man einseitig eine Handlung von dem Handelnden aus betrachten, die Relevanz des objektiven Geschehensablaufs für andere unberücksichtigt lassen.[314] Soweit es darum geht, die Interessen der einzelnen gegeneinander abzugrenzen, müssen aber Verletzter wie Verletzer gleichermaßen im Auge behalten, muß das Geschehen objektiv betrachtet werden .[315] Für eine solche Betrachtungsweise spricht auch das Erfordernis der Rechtssicherheit.[316] Ihr widerspräche es, etwa die Voraussetzungen des Notwehrrechtes von Momenten abhängig zu machen, die - wie die finalen Momente - dem Notwehrberechtigten regelmäßig nicht erkennbar sind.[317]

Das gefundene Ergebnis wird durch die Untersuchungen von Nipperdey und Wiethölter nur bestätigt. Beide sind grundsätzlich Anhänger der neueren Rechtswidrigkeitslehre, die aber den Grundsatz der Absolutheit des Rechtsgüterschutzes zu wahren suchen. Nipperdey ist der Ansicht, bei der Frage des präventiven Rechtsgüterschutzes käme es nicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung an, sondern auf das "Duldenmüssen" des Angegriffenen.[318] Wird aber festgestellt, daß ein tatsächlicher Handlungsablauf durch den Betroffenen nicht hingenommen werden muß, so ist nichts anderes als eine Bewertung dieses rein objektiven Geschehens vorgenommen worden.

---

313) Auf Normgehorsam kommt es nicht an: Deutsch, S.216.

314) Vgl. Zeuner, JZ 61/42.

315) Zeuner aaO.; Deutsch, S.88; Münzberg, S.74 f.

316) Vgl. Lorenz, Festschr.f.Nottarp, S.64 FN 23.

317) Es gilt hier im Grunde dasselbe, was o. § 4, 3.Kap., V. B 1. nach FN 260 ausgeführt wurde.

318) Enn.-Nipperdey, S.1296 ff.; ebenso Esser II, S.469 bei und mit FN 35 und I, S.67 bei FN 22.

Ist das erkannt, so ist es eigentlich nur eine Frage der Terminologie, das Geschehen, das mit einem Unwerturteil belegt wurde, als rechtswidrig zu bezeichnen.[319)]

Nach Wiethölter[320)] ist im Bereich des negatorischen Schutzes[321)] die "Verteidigungslinie der Rechtsordnung" vorverlegt: Der Einwand des verkehrsgemäß sorgfältigen Verhaltens sei hier abgeschnitten. Der Unterschied zu § 823 BGB erkläre sich daraus, daß es sich um jeweils verschiedene Unrechtsmaterien handele.[322)] Damit ist aber zugegeben, daß auch ein rein tatsächlicher Handlungsablauf für die Rechtsordnung Anknüpfungspunkt eines Unrechts- und damit eines Rechtswidrigkeitsurteils sein kann, ja beim Güterschutz sogar teilweise sein muß. Das widerspricht der Imperativentheorie.

Damit ist gezeigt, daß die Ansicht, das Recht nehme auch bloße Bewertungen vor, um sie zum Ausgangspunkt von Anordnungen zu machen, außer zur Erfassung der subjektiven Rechte auch zur Umschreibung der Rechtswidrigkeit zumindest besser geeignet ist als die reine Imperativentheorie. Ist dieser Theorie also nicht zu folgen, so entfällt auch der oben aufgezeigte Ansatz für die neuere Rechtswidrigkeitslehre. Damit ist deren Richtigkeit noch keineswegs für jeden Fall

---

319) S.a. Stoll AcP 162/231 o.

320) S.54 f.

321) Nicht bei der Notwehr (S.53 f.).

322) Wiethölter (S.28) baut auf der Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit einerseits und Unrecht bzw. Normwidrigkeit andererseits auf (vgl. dazu Welzel, Neues Bild, S.18 f.). Die Normwidrigkeit bezeichnet allein den Verstoß gegen eine positive Norm der Rechtsordnung. So viel verschiedene Normen, so viel verschiedenes Unrecht bzw. Normwidrigkeit gibt es. Mit Rechtswidrigkeit wird dagegen ausgedrückt, daß das Normwidrige im Mißverhältnis zur gesamten Rechtsordnung steht. Die Unterscheidung scheint wichtig bei dem Streit um die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit (vgl. dazu Münzberg, S.14 FN 32).

widerlegt[323], nur kann zu ihrer Begründung nicht mehr auf den Charakter der Normen als reine Imperative zurückgegriffen werden.

C. Kein Anknüpfen an die Finalität im Ausnahmefall

Denkbar ist es aber auch von dem hier vertretenen Ansatzpunkt aus, daß die Rechtsordnung bei der Bewertung einer Handlung als rechtswidrig einmal nicht an das äußere Geschehen, sondern primär an die Finalität der Handlung anknüpft.[324]

1. Die Ansicht von Stoll zur elterlichen Gewalt

Dies wird gerade für den uns interessierenden Fall der elterlichen Gewalt von Stoll[325] vertreten: die elterliche Gewalt sei nur gegen tatsächlich-finale Handlungen geschützt, gegen Handlungen, "bei welchen der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg als solchen will, ohne zu wissen oder wissen zu müssen, daß er fremdes Recht verletzt".[326] Als tatbestandsmäßige Verletzung sieht Stoll u.a. den Umgang mit dem Kind, der dem Willen des Gewalthabers widerspricht.[327] Eine Begründung dafür, warum nur finale Handlungen die elterliche Gewalt verletzen können, während dies bei den meisten absoluten Rechten auch nicht-final geschehen kann[328], wird

323) Vgl. o. bei FN 296.

324) Vgl. Baur AcP 160 (1961), S.483; Stoll AcP 162/(1963), S.236.

325) Stoll aaO., S.213 bei FN 43.

326) Stoll aaO., S.212 FN 39; es ist dies der Begriff der finalen Handlung i.S. v. Caemmerers.

327) S.212; dasselbe wurde oben als möglicher Ansatzpunkt einer Tatbestandsumschreibung herausgestellt, vgl. o. § 4, 3.Kap., IV D bei FN 250; Die Auffassung Stolls deckt sich mit einer bereits in alten Entscheidungen gebrauchten Formulierung (vgl. o. § 1, 2.Kap., II. bei FN 12), was angesichts der Diskussion um die neuere Rechtswidrigkeitslehre interessant erscheint.

328) Stoll aaO., S.214(b), 215(c).

nicht gegeben. Sie könnte aus dem oben gefundenen Ergebnis hergeleitet werden: Der von Art.6 II GG geforderte Schutz der elterlichen Gewalt kann im Rahmen der §§ 823 ff. BGB nur gegen finales Handeln gewährt werden; auch nicht-finales Vorgehen als rechtswidrig anzusehen, widerspräche ja dem Grundsatz der Offenkundigkeit. Zu klären ist aber, ob sich die so gefundene Ableitung einer Norm aus dem in Art.6 II GG enthaltenen Prinzip tatsächlich noch im Rahmen des im BGB enthaltenen Systems des Rechtsgüterschutzes hält oder ob eine Rechtsfortbildung vorliegt, deren Voraussetzungen gesondert zu prüfen wären.

2. Kein Anknüpfen an die Finalität bei Forderungen

Nach der hier vertretenen Ansicht knüpft das BGB wegen des Zwecks des Rechtsschutzes bei dessen Regelung jedenfalls grundsätzlich nicht an die Finalität einer Handlung an. Bei der elterlichen Gewalt auf die Finalität der Verletzungshandlung abzustellen, erscheint danach als systemfremd. Etwas anderes könnte gelten, wenn bereits das geltende Recht beim Rechtsgüterschutz ausnahmsweise auch einmal von der Finalität ausgeht. Stoll weist darauf hin, daß bei den Forderungen, die er durch § 823 I BGB geschützt ansieht, eine Verletzung durch Dritte nur mittels Verfügung, d.h. rechtsgeschäftlich-finaler Handlung[329] möglich ist.[330] Das ist richtig und zwar in dem Sinn, daß andere Verletzungsarten bereits wegen der Eigenart des geschützten Rechtsgutes (Forderung) ausgeschlossen sind: Rechte, die kein körperliches Rechtsobjekt haben, können von vornherein nur mittels Rechtsgeschäft verletzt werden.[331] Damit knüpft aber das Rechts-

---

329) Rechtsgeschäft als finaler Akt vgl. Larenz AT, S.316.

330) aaO., S.212.

331) Die Entgegennahme der Leistung, auf welche die Forderung gerichtet ist, wird hier als Rechtsgeschäft angesehen. Ob das richtig ist, kann hier dahinstehen, vgl. dazu Larenz I, S.172 ff.

widrigkeitsurteil nicht in dem Sinn an die Finalität an, daß es - wie es nach Ansicht von Stoll bei der elterlichen Gewalt geschieht - von mehreren möglichen Verletzungshandlungen nur die finalen für rechtswidrig erklärt. Der Hinweis auf die Behandlung der Forderungen durch das BGB hilft daher nicht weiter.

3. Kein Anknüpfen an die Finalität bei § 826 BGB

Auch bei § 826 BGB knüpft das Rechtswidrigkeitsurteil nicht an finale Elemente an, wenn man den sich auf die Schadensherbeiführung richtenden Vorsatz nicht als Rechtswidrigkeitsvoraussetzung ansieht.[332] Zwar ist auch nach dieser Ansicht eine Handlung in der Regel nicht rechtswidrig, wenn der Täter die tatsächlichen Umstände nicht kennt, aus welchen das Urteil der Sittenwidrigkeit zu ziehen ist.[333] Dies gilt jedoch nicht, weil die Rechtswidrigkeit auf diese Kenntnis abstellt, sondern weil das objektive Urteil der Sittenwidrigkeit daran anknüpft. Dieses Urteil ist ein rechtsethisches[334] und ein solches kann jedenfalls regelmäßig nur unter Berücksichtigung der inneren Seite einer Handlung gefällt werden.[335] § 826 BGB besagt danach nichts für die Fälle, wo Rechtswidrigkeit nicht auf Sittenwidrigkeit aufbaut.

Etwas anderes gilt aber auch dann nicht, wenn man zu der Überzeugung gelangt, daß auf Grund des § 826 BGB nur vorsätzliche sittenwidrige Schädigung rechtswidrig ist, die Rechts-

---

332) So Erman-Drees, § 826/4+5; Soergel-Knopp, § 826/35; Fikentscher, S.684 f.

333) Erman-Drees, § 826/2a cc mit Nachweisen; nicht richtig erscheint es, wenn Fikentscher S.685 die Kenntnis der den Sittenverstoß begründenden Tatsachen erst beim Vorsatz, nicht schon bei der Frage der Sittenwidrigkeit selbst prüft.

334) Vgl. Fikentscher, S.684.

335) Daß ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht verlangt wird, steht dem nicht entgegen: "Die Kenntnis der herrschenden Sittenordnung wird von jedermann erwartet." Fikentscher, S.685.

widrigkeit also über die subjektiven Momente der Sittenwidrigkeit hinaus an ein finales Moment anknüft.[336] Denn dies ändert nichts an dem Charakter des § 826 BGB als eines "rechtsethischen Regulativs".[337] Anknüpfungspunkt des rechtlichen Unwerturteils bleibt auch nach dieser Auffassung die ethisch verwerfliche Art und Weise der Schadenszufügung - mag auch das Gesetz nur einen Teil der ethisch mißbilligten Handlungen herausgreifen, nämlich von den sittenwidrigen Schädigungen nur die vorsätzlich begangenen -, so daß das oben bei der zuerst untersuchten Struktur des § 826 BGB Gesagte auch hier gilt. § 826 ist wegen seines Abstellens auf ethische Unwerturteile ein Sonderfall, der für § 823 BGB nichts hergibt.

4. Kein Anknüpfen an die Finalität bei Verhaltensnormen

Schließlich wird von den Verhaltensnormen, welche für die Anwendung des § 823 II BGB, möglicherweise aber auch bei

---

336) So ausdrücklich Esser II, S.410, I, S.243 (Esser rechnet den Vorsatz aber sowieso zum Unrecht, vgl. I, S.64, II, S.393); ebenso aber anscheinend auch RGRK-Haager: er prüft die Rechtswidrigkeit nach dem Vorsatz (§ 826/15+17). Nicht eindeutig auch Enn.-Lehmann, § 236 II 4: Die Erfüllung des Tatbestandes des § 826 sei rechtswidrig. Zum Tatbestand zählt Lehmann aber auch den Vorsatz (§ 236 II 2). - Für diese Auffassung spricht einiges, denn die Ansicht, jedes sittenwidrige Verhalten sei rechtswidrig (vgl. Soergel-Knopp, § 826/35 mit Nachweisen; Niese JZ 56/465) , ist bedenklich. Sitte und Recht sind zweierlei; Sittenwidrigkeit ist nur beachtlich, soweit das Recht ausdrücklich darauf abstellt. Will das Gesetz in § 826 das rechtliche Unwerturteil allein schon an die Sittenwidrigkeit anknüpfen, so ist nicht erkennbar, wieso ein Schadensersatz entgegen dem sonst üblichen nur bei Vorsatz gewährt wird (vgl. andererseits § 1 UWG, wo neben der Sittenwidrigkeit kein Verschulden verlangt wird).

337) Niese aaO.; s.a. Erman-Drees, § 826/1a; Enn.-Lehmann, § 236 I mit FN 2.

§ 823 I[338] eine Rolle spielen, behauptet, daß sie - jedenfalls teilweise - nur durch finales Verhalten verletzt werden können.[339] Auch das erscheint nicht richtig: Zwar umschreiben diese Verhaltensnormen die Art und Weise einer Handlung und erscheinen deshalb jedenfalls geeigneter, an finale Momente anzuknüpfen als die Verhaltensnormen, die allein auf dem Erfolg der Handlung aufbauen.[340] Doch bezwecken auch sie den Schutz fremder Rechtsgüter, die hier allerdings keine subjektiven Rechte zu sein brauchen. Da es für deren Verletzung aber, wie wiederholt betont, allein auf den tatsächlichen Handlungsablauf ankommt, ist es richtiger, auch hier das Rechtswidrigkeitsurteil allein an die Art und Weise des objektiven Handlungsablaufes anzuknüpfen: Es gilt dasselbe, was oben bereits grundsätzlich zum Rechtsgüterschutz gesagt wurde.

VIII. Ergebnis

Damit hat sich gezeigt, daß das System des Rechtsgüterschutzes im Zivilrecht das Anknüpfen an finale Handlungselemente nicht kennt. Die Auffassung, die elterliche Gewalt sei ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB mit der Folge, daß ein bewußt (!) gegen den Willen der Eltern gerichteter Umgang mit dem Kind rechtswidrig ist, widerspricht

---

338) Wenn man die Unterscheidung zwischen einer unmittelbaren und einer nur mittelbaren Verletzung eines dort genannten Rechtsgutes vornimmt; zur Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen vgl. § 6, 2.Kap., II. C 2. bei FN 23.

339) Stoll AcP 162/231; dagegen Larenz, Festschr.f.Dölle, S.189 f. und Deutsch, S.214 f. mit Nachweisen bei FN 96.

340) Wie dies bei den unmittelbaren Eingriffen i.S.d. § 823 I BGB geschieht; zur Frage, ob insoweit wirklich Verhaltensnormen vorliegen, s.o. § 4, 2.Kap., II. bei FN 86.

dem System des BGB. Deshalb ist eine entsprechende Auslegung des Begriffes "sonstige Rechte" im engeren Sinn in § 823 I nicht möglich. Auf diesem Weg die Ableitung des in Art.6 II GG enthaltenen Prinzips innerhalb des Zivilrechtssystems zu finden, hat sich als nicht möglich erwiesen. Es bleibt zu prüfen, ob die Ableitung sich im Rahmen der anderen Fallgruppen des § 823 BGB finden läßt.[341)]

4. Kapitel: Die elterliche Gewalt als Rahmenrecht - Schaffung von Verhaltensnormen

Die sog. Rahmenrechte, von denen bisher das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und das allgemeine Persönlichkeitsrecht anerkannt wurden[342)], sind - abgesehen von den Bedenken, die gegen ihre Einordnung in § 823 I BGB bestehen - zu einer solchen Ableitung nicht geeignet: Die den Rahmenrechten eigene "Unschärfe" besteht darin, daß die Rechtswidrigkeit erst durch eine Interessen- und Güterabwägung im Einzelfall festgestellt werden kann. Die Fakten aber, die zur Beurteilung der Frage, ob ein anderer in den genannten Positionen berührt wird, wie auch zu der erwähnten Abwägung nötig sind, sind regelmäßig dem Außenstehenden erkennbar. Die hier gemeinte "Unschärfe" ist also anders strukturiert als die der elterlichen Gewalt. Bei dieser ist gerade der geschützte Raum, der nur umschrieben werden kann, indem man auf die jeweiligen Vorstellungen der Eltern abstellt, vom rein Faktischen her schon regelmäßig Dritten nicht erkennbar. Eine Kollision mit dem Prinzip der Offenkundigkeit ließe sich auch hier nur durch Anknüpfen an

---

341) Vgl. zu diesen § 4, 2.Kap., II.

342) Dazu und zum folgenden vgl. § 4, 2.Kap., II.

finale Elemente vermeiden, was aber aus denselben Gründen nicht angeht, die bereits oben bei den klassischen absoluten Rechten vorgebracht wurden.

Ohne auf finale Momente abzustellen, ist aber die Ableitung einer Norm aus dem Prinzip des Art.6 II GG auch nicht durch Schaffung von Verhaltensnormen i.S.d. § 823 II BGB möglich.[343] Eine objektive Umschreibung der mißbilligten Verhaltensweisen müßte wieder von den Vorstellungen der Eltern ausgehen, was auch hier nur unter Verstoß gegen das Offenkundigkeitsprinzip möglich wäre. Finale Elemente stellen aber, wie oben gezeigt[344], auch bei den Verhaltensnormen des § 823 II BGB keinen geeigneten Anknüpfungspunkt dar. Damit haben sich aber das System des § 823 BGB und, da andere Einbruchsstellen nicht ersichtlich sind, das System des zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes als zur Ableitung einer Norm aus dem in Art.6 II GG enthaltenen Prinzip nicht fähig erwiesen. Es stellt sich daher das Problem der Rechtsfortbildung.

5. Kapitel: Rechtsfortbildung

I. Die Feststellung einer Lücke und ihre Ausfüllbarkeit

Der Richter ist nach allgemeiner Meinung[345] zu einer Rechtsfortbildung praeter legem befugt. Diese von der grundsätzlich

---

343) Die Neuschaffung der Verhaltensnormen als solche wäre bereits eine Rechtsfortbildung im Gegensatz zu den bisherigen Untersuchungen, die sich im Rahmen der Ausfüllung der Generalklausel "sonstige Rechte" i.S.d. § 823 bewegten (vgl. zu letzterem generell Canaris, Lückenfeststellung §§ 16 f.); zum Problem der Bildung "freier" Verhaltensnormen vgl. auch Fikentscher, S.588 ff.

344) S. § 4, 3.Kap., VII. C 4.

345) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.341 ff.

unzulässigen Fortbildung contra legem zu scheiden, ist Aufgabe des Lückenbegriffs[346]: Wo das Gesetz eine Lücke enthält, ist der Richter zur Ergänzung des Gesetzes berufen. Entscheidend ist hier also, ob das Gesetz eine Lücke enthält, wenn ein Verfassungsprinzip in ihm keine hinreichende Konkretisierung erfährt. Dieses Problem wird wieder erstmals von Göldner eingehend behandelt.[347] Nachdem der Grund für die Trennung zwischen Rechtsfortbildung praeter und contra legem das Gewaltenteilungsprinzip ist, ist die Lösung des Problems mit der oben dargestellten Funktionsteilung zwischen Richter und Gesetzgeber bei der Verfassungskonkretisierung bereits vorgezeichnet[348]: Der Richter ist grundsätzlich an das einfache Gesetz gebunden. Die unmittelbare Geltung der Verfassungsprinzipien auch für den Richter führt in Verbindung mit dem Recht der Gesetzesverwerfung (vgl. Art.100 GG) aber dazu, daß das einfache Gesetz seine Verbindlichkeit verliert, wenn die Konkretisierung des Prinzips in ihm nicht möglich ist. In der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des einfachen Gesetzes erschöpft sich aber die Aufgabe des Richters nicht. Anerkennt man die Verfassungsprinzipien als unmittelbar geltendes Recht[349], so verpflichtet die Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 III GG) den Richter dazu, bei der Lösung des Einzelfalls eben diese Prinzipien positiv zu berücksichtigen. Gibt ihm das einfache Gesetz keine Möglichkeit dazu, so ist er berechtigt und verpflichtet, das Gesetz fortzubilden. Daß der Richter hier ohne eigene Wertung nicht

---

346) Canaris, Lückenfeststellung, § 5; s.a. Larenz, Methodenlehre, S.350.

347) Göldner, S.67 ff., 207 ff.; zur Problembehandlung in Rspr. und Lit. vgl. Göldner, S.68 f. mit Nachw. FN 1 u.2.

348) Vgl. dazu nochmals o. § 3, 3.Kap., I. bei FN 38 ff.

349) S. § 3, 2.Kap.

auskommt, steht nicht entgegen: Gleiches gilt bereits bei der verfassungskonformen Auslegung, aber auch, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geprüft wird.[350] Eine Lücke liegt daher immer dann vor, wenn ein Verfassungsprinzip im einfachen Gesetz keine genügende Konkretisierung erfahren hat.[351] Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsfortbildungslehre insoweit, als nach ihr die allgemeinen Rechtsprinzipien als "Wegweiser" richterlicher Rechtsfortbildung anzusehen sind.[352] Als Maßstab dafür, ob das Gesetz eine planwidrige Unvollständigkeit, also eine Lücke enthält[353], ist damit "die Rechtsordnung als Ganzes"[354] anzusehen.[355]

---

350) S. § 3, 3.Kap., II; zur möglichen Grenze der Ausfüllbarkeit s.u. bei und mit FN 360.

351) Das Problem, ob man auch dann noch - wie im Text - von einer Lücke sprechen soll, wenn eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung nur bei einer Restriktion des Gesetzes möglich ist (dagegen Göldner, S.224 ff.; a.A. Canaris, Lückenfeststellung, § 28), soll hier nicht gelöst werden: Es ist letztlich eine Frage der Terminologie, ob man die jedenfalls notwendige Unterscheidung innerhalb oder außerhalb des Lückenbegriffes vornimmt, die auch deshalb keiner Beantwortung bedarf, weil im vorliegenden Fall eine Gesetzesrestriktion nicht nötig ist.

352) Vgl. Göldner, S.76 mit Nachweisen FN 44; direkt von Prinzip- oder Wertlücken spricht Canaris, Lückenfeststellung, §§ 131 ff.

353) Zur Lücke als planwidrige Unvollständigkeit vgl. Canaris, Lückenfeststellung, §§ 6 ff. (§ 19).

354) Göldner, S.78 f.; Canaris, Lückenfeststellung, § 29.

355) Als "lex" in den Begriffen praeter und contra legem kann dann nicht mehr nur das Normengefüge des einfachen Gesetzes gesehen werden, vielmehr muß als lex jede für den Richter unmittelbar geltende Rechtsquelle anerkannt werden, vgl. Göldner, S.222 ff. Göldner will statt "contra legem" "contra ius positivum" setzen; vgl. auch die Rechtsfortbildung "extra legem, aber intra ius" bei Larenz, Methodenlehre, S.382 ff.

Oben wurde gesehen, daß Art.6 I und II GG den Schutz des Elternrechts vor einem solchen Umgang mit dem Kind fordert, der die Realisierung der elterlichen Vorstellungen vom Kindeswohl beeinträchtigen kann. Um die Verbindlichkeit dieses Prinzips auch für den Privatrechtsbereich nachzuweisen[356], genügte es, eben weil das Prinzip im GG verankert ist, zu zeigen, daß es einen auch im Privatrecht relevanten Inhalt hat.[357] Weiter wurde dargetan, daß dieses Prinzip im BGB keine Konkretisierung erfahren hat. Eine Lücke liegt damit hier vor.

Ist somit die Berechtigung des Richters zur Rechtsfortbildung festgestellt, so bedeutet das nicht, daß er nun völlige Gestaltungsfreiheit hat. Die Bindung an das System des Privatrechts[358] ist auch hier zu beachten: Der Richter muß seine Weiterbildung des Rechts mit dem bestehenden Rechtssystem in Einklang bringen. Er wird zudem die Fortbildung nur soweit ausdehnen, als dies unbedingt erforderlich ist. Von mehreren Konkretisierungsmöglichkeiten[359] wird er diejenige wählen müssen, die am "systemnächsten" ist, mit der er von den Festsetzungen des Gesetzgebers am wenigsten abweicht. Mit dem System der Rechtsordnung ist auch ein Maßstab für die Ausfüllung der Lücken gegeben, so daß diese regelmäßig, gemessen an den im Gesetz enthaltenen Gedanken, nicht als willkürlich erscheint. Auch für die hier interessierende Konkretisierung des in Art.6 I und II GG enthaltenen Prinzips besteht im Privatrechtssystem, insbesondere im System des zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes ein

---

356) Vgl. dazu Canaris, Lückenfeststellung, § 88.

357) Vgl. dazu § 4, 1.Kap., II.

358) Vgl. § 3, 3.Kap., I.

359) Zum Bestehen eines Konkretisierungsspielraumes vgl. Göldner, S.143 ff.

Maßstab für die Lückenausfüllung. Es kann deshalb dahinstehen, ob eine Lücke als unausfüllbar anzusehen ist, wenn ein solcher Maßstab im Einzelfall fehlt.[360] Über die Bindung an das System des Privatrechts hinaus können weiter dieselben Gesichtspunkte als Kriterien für die Ausfüllung der Lücke gelten, die oben bereits bei der verfassungskonformen Auslegung genannt wurden. Auf die Zusammenstellung dort kann hier verwiesen werden.[361]

Ist das Bestehen einer Lücke und deren grundsätzliche Ausfüllbarkeit erkannt, so sind die Möglichkeiten einer Gesetzesergänzung aufzuzeigen und an dem gefundenen Maßstab zu messen.

II. Die Ausfüllung der Lücke: Die elterliche Gewalt als Ausschließungsrecht

Denkbar wäre einmal, im Wege der Rechtsfortbildung das Rechtswidrigkeitsurteil doch an die Kenntnis des Dritten davon anzuknüpfen, daß er entgegen den Intentionen der Eltern mit dem Kind Umgang pflegt, also auf ein finales Handlungsmoment aufzubauen. Um die Schwierigkeit meistern zu können, die sich daraus ergibt, daß der zu schützende Bereich Dritten regelmäßig nicht erkennbar ist, wäre es aber auch möglich, ein Ausschließungsrecht zu konstruieren:

---

360) Vgl. das Vorgehen in dem Fall, daß zur Ausfüllung einer von Canaris so genannten Rechtsverweigerungslücke, aber auch einer "Prinzip- oder Wertlücke" (Lückenfeststellung, §§ 131 ff.) Entscheidungen nötig werden, die dem Gesetzgeber allein möglich sind: Canaris aaO., §§ 164 ff.(166) und § 186; Larenz, Methodenlehre, S.381 f.

361) S. § 3, 3.Kap., II.

Rechtswidrig handelte danach derjenige, der mit dem Kind Umgang pflegt, obwohl er durch die Eltern teilweise oder ganz von dem Umgang ausgeschlossen wurde. Für die Rechtswidrigkeit ist hier also notwendig, daß die Eltern im konkreten Einzelfall tatsächlich gegen eine bestimmte Person vorgegangen sind. Bei den klassischen absoluten Rechten wird dagegen der Eingriff jedes Dritten als rechtswidrig angesehen, gleichgültig, ob der Berechtigte sein Recht geltend gemacht hat oder nicht. Auch auf diesem Wege wäre dem Prinzip der Offenkundigkeit Genüge getan: Durch den konkreten Akt des Ausschlusses wird der Wille der Eltern hinreichend klar.

Fragt man nun danach, mit welcher Möglichkeit das Prinzip des Art.6 II GG am besten realisiert wird, so ergibt sich in etwa die Gleichwertigkeit beider Vorschläge: Der Schutz der Eltern scheint zwar bei dem Ausschließungsrecht geringer zu sein, da der Dritte, solange er nicht ausgeschlossen ist, rechtmäßig selbst dann handelt, wenn er bewußt den Intentionen der Eltern entgegenwirkt. Doch ist dieser Fall nicht von großer praktischer Bedeutung, da ja häufig dem Dritten die elterlichen Intentionen unbekannt sind. Zum anderen bliebe hier ein Rechtswidrigkeitsurteil tatsächlich solange ohne besondere Bedeutung, als die Eltern von der Art des Umgangs keine Kenntnis haben: Erst dann können sie die rechtlich fast ausschließlich interessierende Konsequenz ziehen, nämlich auf das Unterbleiben des Umgangs, notfalls mit gerichtlicher Hilfe, hinwirken. Aus dem davorliegenden Verhalten würden sich bleibende Nachteile, die abschreckend wirken könnten - ein reines Rechtswidrigkeitsurteil wird kaum jemand beeindrucken - auch dann nicht ergeben, wenn es rechtswidrig ist. Eine Schadensersatzpflicht

scheitert in aller Regel bereits daran, daß kein materieller Schaden entsteht.[362)]

Zu prüfen bleibt, welche Lösungsmöglichkeit dem System des zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes am besten entspricht. Der Nachteil des ersten Vorschlags liegt darin, daß er an ein finales Element anknüpft, obwohl die Gründe, welche dagegen generell beim zivilrechtlichen Rechtsgüterschutz sprechen, uneingeschränkt auch hier gelten. Nur um dem Prinzip der Offenkundigkeit zu genügen, würden finale Elemente als entscheidend angesehen. Hier erscheint nun die Annahme eines Ausschließungsrechtes systemgerechter: finale Momente bleiben außer Betracht, angesetzt wird vielmehr bei dem Punkt, der die Kollision mit dem Offenkundigkeitsprinzip zur Folge hatte, nämlich der mangelnden Erkennbarkeit des geschützten Raums: Durch Wahrnehmung des Ausschließungsrechtes wird dieser dem konkret angesprochenen Dritten hinreichend erkennbar.

Zum anderen besteht eine starke strukturelle Verwandtschaft zwischen einem solchen Ausschließungsrecht und den klassischen absoluten Rechten. Bei diesen besteht ein Bereich, in dem bestimmte Handlungen Dritter ohne weiteres als rechts-

---

362) Eher denkbar ist es, daß Rechtsgüter des Kindes selbst verletzt werden, wobei die Eltern die Pflicht zum Schadensausgleich aus Unterhaltspflicht treffen kann, doch ergibt das keine besonderen Probleme: vgl. § 843 IV BGB und zu Ansprüchen der Eltern selbst vgl. Palandt-Thomas, § 843/7 a.E.
Denkbar wäre ein Ersatz des immateriellen Schadens, wenn man das Elternrecht als Persönlichkeitsrecht ansieht (vgl. o. § 4, 1.Kap., I. B 1. bei FN 11) und mit dem BGH § 847 BGB für anwendbar hält. Die Rspr. des BGH ist jedoch verfehlt (vgl. u. § 6, 2.Kap., II. C 3. FN 32).

widrig angesehen werden. Es kommt nicht darauf an, ob der Rechtsinhaber sein Recht geltend macht. Doch gilt dies nur unter dem Vorbehalt eines entgegenstehenden Willens des Berechtigten, der Einwilligung. Lediglich dieses Regel-Ausnahmeverhältnis wird bei dem Ausschließungsrecht umgekehrt: Hier ist der Wille des Berechtigten konstitutiv für das Rechtswidrigkeitsurteil. Die Absolutheit des Rechts äußert sich hier in der Ausschließungsbefugnis gegenüber jedem Dritten, während sie bei den klassischen absoluten Rechten in einem grundsätzlichen Ausgeschlossensein des Dritten besteht. Dies stellt aber lediglich einen quantitativen, keinen qualitativen Unterschied dar. Das wird einmal unterstrichen durch den Wortlaut des § 903 BGB, der von einer Ausschließungsbefugnis des Eigentümers spricht[363], zum anderen durch die Arbeit Buchers, die zeigte, daß auch die klassischen absoluten Rechte als Ausschließungsrechte konstruierbar sind, sieht man einmal von der Frage der Zweckmäßigkeit einer solchen Konstruktion ab.[364] Die Konstruktion eines Ausschließungsrechtes erscheint damit, vor allem gemessen am System des zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes die systemgerechte Ergänzung des Gesetzes, um den Eltern den von Art.6 II GG geforderten, oben näher umschriebenen Schutz zukommen zu lassen.

III. Die dogmatische Erfassung des Ausschließungsrechts

Vergegenwärtigt man sich die Möglichkeit der Eltern, durch eine einseitige Erklärung einen Dritten vom Umgang mit ihrem

---

363) S. dazu o. § 4, 3.Kap., I B 2. FN 143.
364) S.o. § 4, 3.Kap., I B 2 (insbesondere bei FN 141 ff.).

Kind auszuschließen, so liegt es nahe, die Rechtsstellung der Eltern als Gestaltungsrecht zu begreifen. Ob dieser erste Eindruck einer näheren Prüfung standhält, sollen die folgenden Untersuchungen zeigen.

Die "Entdeckung" der Gestaltungsrechte durch Seckel[365] führte ohne Zweifel zu einer Bereicherung des zivilrechtlichen Denkens. Die Kategorie der Gestaltungsrechte ist heute ein fester Bestandteil der Dogmatik, doch sind nicht alle mit ihm verbundenen Probleme gelöst.[366] Eine eingehende Untersuchung ist hier nicht möglich, aber auch nicht nötig. Es genügt, die wesentlichen, mit dem Begriff des Gestaltungsrechtes umschriebenen Erscheinungen rechtlichen Seins näher zu umreißen.[367]

Unter einem Gestaltungsrecht wird allgemein ein subjektives Recht verstanden, das "zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft" berechtigt.[368] Um eine solche Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen geht es auch bei der Ausschließung eines Dritten vom Umgang mit dem Kind durch die Eltern: Die Rechtslage zwischen den

---

365) Vgl. dazu die Nachw. bei Adomeit, S.7, und Bötticher, Festschr.f.Dölle, S.41 f.

366) Adomeit, S.7.

367) Der eindrucksvolle Versuch Adomeits, zu einer weitgehenden Neufassung des Begriffs der Gestaltungsrechte zu kommen, soll hier nicht interessieren: Sein wesentlicher Schritt liegt darin, die Möglichkeit zu mehrseitiger Gestaltung (vor allem durch Vertrag) als Gestaltungsrecht anzuerkennen (vgl. o. § 4, 3.Kap. II, B 2, FN 144): Bei dem Recht der Eltern handelt es sich jedoch um eine einseitige Gestaltungsbefugnis.

368) So die Definition Seckels, zitiert nach Adomeit, S.10; ähnlich Larenz AT, S.233; Enn.-Nipperdey, S.441; Lehmann-Hübner, S.89.

Eltern und dem Dritten war bisher dadurch gekennzeichnet, daß der Dritte in seiner allgemeinen Entfaltungsfreiheit nicht eingeschränkt und insbesondere jegliche Einwirkung auf das Kind ihm nicht versagt war. Das wird durch die Erklärung der Eltern dahin geändert, daß ein bestimmtes Verhalten nunmehr als rechtswidrig angesehen wird und dem Dritten die Pflicht obliegt, sich um die Vermeidung solchen Verhaltens zu bemühen.

Weiter wird diese Veränderung durch einen einseitigen Akt der Eltern hervorgerufen, und hier liegt ein wesentliches Kennzeichen der Gestaltungsrechte in ihrer herkömmlichen Form[369]: Um die Änderung herbeizuführen, ist der Berechtigte weder auf die Hilfe des Gerichtes[370], noch auf die Mitwirkung dessen angewiesen, in dessen Rechtskreis eingegriffen wird.[371] Anderen als dem Gestaltungsrechtsinhaber ist die Modifizierung der Rechtslage nur möglich, wenn der betroffene Partner einverstanden ist: Die Gestaltungsrechte sind gekennzeichnet durch einen "Einbruch in das materielle Vertrags- bzw. Mitwirkungsprinzip".[372] Das wird besonders deutlich bei den negativen Gestaltungsrechten, den Gegenrechten[373], wie etwa Anfechtung, Kündigung, Rücktritt. Es gilt aber auch bei den "ausfüllenden" Gestaltungsrechten, dem Recht, nicht eine Rechtsbeziehung oder Teile davon zu beseitigen, sondern inhaltlich näher zu konkretisie-

---

369) Anders eben Adomeit, s.o. FN 367.

370) Bötticher, Festschr.f.Dölle, S.42. Dieser Gesichtspunkt spielt nicht nur bei den Gegenrechten, sondern auch bei den ausfüllenden Gestaltungsrechten (zur Unterscheidung vgl. sogleich im Text) eine Rolle: vgl. etwa die gerichtliche Vertragshilfe.

371) Dies hebt Böttiger zutreffend hervor: Festschr.f.Dölle, S.43 ff. und Gestaltungsrecht, S.7 ff.; zustimmend etwa Larenz AT, S.233 bei und mit FN 2; Bruns ZZP 78/266 f., 269.

372) Bötticher, Festschr.f.Dölle, S.45.

373) Bötticher, Gestaltungsrecht, S.2.

ren[374]: Der Inhalt des Rechtsverhältnisses wird nicht von beiden Parteien bestimmt, sondern von einem allein: Einer ist dem anderen unterworfen.[375]

Die oben genannte Definition verlangt nun, daß die Gestaltung durch ein Rechtsgeschäft erfolgt. Ob die Ausschließungserklärung als solches qualifiziert werden kann, ist fraglich angesichts der Tatsache, daß die h.M. in der Einwilligung zu einer Rechtsverletzung kein Rechtsgeschäft, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung sieht.[376] Die Einwilligung scheint aber, mit umgekehrtem Vorzeichen, dieselbe Funktion zu haben wie die Ausschließungserklärung: Beidesmal hängt die Normgeltung im Einzelfall von einer bestimmten Erklärung des Berechtigten ab. Um die Schwierigkeiten zu überwinden, kann man an zwei verschiedenen Stellen ansetzen: Einmal ist es denkbar, für den Vollzug von Gestaltungsrechten auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen genügen zu lassen, es allein darauf abzustellen, daß ein Willensakt des Berechtigten für die Rechtsänderung entscheidend ist.[377] Tatsächlich ist es nicht einzusehen, warum eine

---

374) "Regelungsrecht"; Bötticher, Festschr.f.Dölle, S.51 und Gestaltungsrecht, S.16 ff.; vgl. z.B. die Befugnis nach § 315 BGB: Hier liegt ein von vornherein ergänzungsbedürftiges Rechtsverhältnis vor, eine "Planlücke", während bei den Gegenrechten eine "Planverfehlung" gegeben ist (Bruns ZZP 78/267).

375) Bötticher, Gestaltungsrecht, S.7; von Unterwerfung spricht auch Adomeit, S.36 f. Gegen den Begriff der Unterwerfung und für den Begriff des Gebundenseins Larenz AT, S.233 bei und mit FN 3; Bruns ZZP 78/267 bei FN 19.

376) So Larenz II, S.431; Lehmann-Hübner, S.348; Soergel-Zeuner § 823/144; BGH 29/36 und NJW 64/1177; a.A.insbes. Zitelmann AcP 99/51 ff.; auch Adomeit, S.24 (II.A 1 b).

377) Vgl. etwa die Definitionen bei Larenz AT, S.233: "... durch einseitigen Gestaltungsakt, meist eine empfangsbedürftige Willenserklärung ..."; Lehmann-Hübner, S.89: "... durch Willenserklärung oder Handlung.."

einseitige Gestaltung eines Rechtsverhältnisses nur dann als Gestaltungsrecht begriffen werden kann, wenn die Ausübung durch Rechtsgeschäft, nicht aber, wenn sie durch rechtsgeschäftsähnliche Handlung geschieht. In beiden Fällen ist die Unterwerfung der anderen Partei als entscheidendes Kriterium der Gestaltungsrechte gegeben.

Trotzdem soll hier untersucht werden, ob nicht doch in der Ausschließungserklärung der Eltern ein Rechtsgeschäft gesehen werden kann. Dessen Kennzeichen ist es, daß eine bestimmte Rechtsfolge deshalb eintritt, weil sie als gewollt geäußert wurde.[378] Eine Rechtswirkung, eine Veränderung der Rechtslage tritt durch die Ausschließungserklärung ein, wie gerade bei der Gestaltungswirkung der elterlichen Erklärung dargetan wurde.[379] Auch tritt diese Wirkung deshalb ein, weil sie als gewollt geäußert wurde: Die Eltern haben einen Rechtsfolgewillen.[380] Für diesen ist es nicht erforderlich, daß die Eltern eine "juristische Absicht" haben, es genügt, wenn sie überhaupt rechtlich relevante Ergebnisse erzielen wollen[381],"wobei die Deutlichkeit, mit der der Handelnde diese rechtliche Seite des beabsichtigten Erfolges vorstellt, gleichgültig bleibt".[382] Einen solchen Rechtsfolgewillen haben die Eltern im Normalfall, auf den bei generalisierender Betrachtung abzustellen ist: Sie wollen nicht nur einen moralischen Appell an den Dritten, ein bestimmtes Verhalten

---

378) Vgl. Enn.-Nipperdey, S.896; Lehmann-Hübner, S.141; Flume, S.94 f.; Larenz AT, S.320 ff.

379) An dieser Wirkung fehlt es auch nicht bei der Einwilligung: Es entfällt für den Dritten eine bestimmte Verhaltenspflicht; nicht nötig ist es, daß der Dritte ein Recht zum Eingriff erhält.

380) Vgl. dazu Larenz AT, S.334; Lehmann-Hübner, S.141; Enn.-Nipperdey, S.896.

381) Vgl. die in FN 380 f. Genannten sowie Zitelmann AcP 99/51 f.

382) Zitelmann aaO.

zu unterlassen. Sie wollen vielmehr erreichen, daß dieses Verhalten nicht mehr erlaubt ist, daß der Dritte sich nicht mehr entsprechend verhalten darf. In einer Art "Parallelwertung in der Laiensphäre" erkennen und wollen die Eltern, daß die Rechtsordnung das Verhalten als rechtswidrig ansieht. Dem entspricht es, daß die Eltern sich an das Gericht um Unterstützung wenden, wenn ihr Vorgehen keinen tatsächlichen Erfolg zeitigt.[383] Die Ausschließungserklärung ist daher als Rechtsgeschäft anzusehen.

Die Ausschließungsbefugnis der Eltern stellt sich so als Befugnis dar, durch einseitiges Rechtsgeschäft die Rechtslage bez. eines Dritten zu ändern. Nach dem bisher Gefundenen ist sie als Gestaltungsrecht zu fassen. Nun können die Eltern aber sicher von einer einmal erfolgten Ausschließung eines Dritten wieder abrücken: Sie können die Ausschließung widerrufen.[384] Die Gestaltungsrechte berechtigen dagegen grund-

---

383) Ein solcher Rechtsfolgewillen dürfte auch bei der Einwilligung gegeben sein: Auch hier wird regelmäßig erkannt und gewollt, daß durch die Erklärung ein sonst "verbotenes" Tun nun "erlaubt", also nicht rechtswidrig ist.

384) Denkbar wäre aber auch folgende Konstruktion: Da nach der Ausschließung die Stellung des Dritten genauso ist wie bei den klassischen absoluten Rechten, könnten die Eltern durch Einwilligung die Rechtswidrigkeit beseitigen. Die Ausschließung bräuchte nicht zurückgenommen werden. Aber für eine unterschiedliche Sicht der Stellung dessen, der noch gar nicht ausgeschlossen war, und desjenigen, der zwar einmal ausgeschlossen wurde, dessen Verhalten nun aber von den Eltern gebilligt wird, besteht kein hinreichender Grund. Die Einwilligung der Eltern stellt sich hier also als Beseitigung eines Tatbestandsmerkmales, der Ausschließungserklärung dar. Auf die Frage, ob dies generell bei der Einwilligung gilt (allg. zur Lehre von den Rechtfertigungsgründen als negative Tatbestandsmerkmale vgl.etwa Jescheck, S.170 ff.), kann hier dahinstehen: Dort, wo nicht der neueren Rechtswidrigkeitslehre gefolgt wird, spielt diese Frage eine untergeordnete Rolle. Es wäre zudem auch kein Widerspruch, etwa bei der normalen Einwilligung nur eine Beseitigung der Rechtswidrigkeit anzunehmen als Ausdruck der gegebenen Ausnahmesituation (vgl. dazu o. § 4, 3.Kap. II B 2. bei FN 142), beim Widerruf der Ausschließung bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfallen zu lassen,

sätzlich nur zu einer unwiderruflichen Gestaltung.[385] Bötticher hat nun aber gerade für die ausfüllenden Gestaltungsrechte die Grenzen dieses Prinzips aufgezeigt[386]: Hier ist es möglich, in einem bestimmten Rahmen immer wieder neue Gestaltungen vorzunehmen.[387] Der Berechtigte hat ein "Mutter"gestaltungsrecht, das ihn nicht nur zu einmaligem Vorgehen, sondern zu laufender Regelung befugt.

Im Gegensatz zu allen bisher bekannten Gestaltungsrechten gibt die Ausschließungsbefugnis den Eltern nun aber die Möglichkeit zum Vorgehen gegen jedermann. Es handelt sich hier gewissermaßen um ein "absolutes" Gestaltungsrecht, ein Recht, das gegenüber jedermann ausgeübt werden kann, im Gegensatz zu den "relativen" Gestaltungsrechten, die eine Befugnis nur gegenüber einer bestimmten Person verleihen.[388] Diese gegenüber jedermann gegebene Befugnis nicht als Gestaltungsrecht zu begreifen, besteht keine Veranlassung: Es liegen hier dieselben Merkmale vor wie bei den anerkannten Gestaltungsrechten, wie gerade gezeigt wurde. Dies wird unterstrichen dadurch, daß durch die Ausschließungserklärung keine generelle, gegenüber jedermann wirkende Regelung geschaffen wird, sondern das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und allein dem konkret ausgeschlossenen Dritten gestaltet wird: Der Vollzug des Gestaltungsrechtes erfolgt im Rahmen einer relativen Rechtsbeziehung.[389] Mit welchem

---

da hier die Normalsituation des Nichtausgeschlossenseins wiederhergestellt wird.

385) Vgl. Bötticher, Festschr.f.Dölle, S.52.

386) Gestaltungsrechte, S.6.

387) Vgl. insbes. das Direktionsrecht des Arbeitgebers; s. dazu Söllner, S.29.

388) Was nicht ausschließt, daß auch hier eine Absolutheit der Zuständigkeit gegeben ist, vgl. § 4, 3.Kap., IV C, FN 58.

389) Vgl. für die klassischen absoluten Rechte Adomeit, S.26; "Der Kern der absoluten Rechte in seiner Negativfunktion ist also der Anspruch, die relative (!) Beziehung zu einer konkreten Person ...".

Inhalt jemandem ein Gestaltungsrecht gegenüber jedermann verliehen werden kann, ist dagegen eine andere, die Einordnung unter die Gestaltungsrechte selbst nicht berührende Frage. Daß hier enge Grenzen gesetzt sind, erscheint angesichts des in der Verfassung verankerten Selbstbestimmungsprinzips einleuchtend.[390] Keine Bedenken bestehen aber, wenn durch ein "absolutes" Gestaltungsrecht der Inhaber befugt wird, dieselben Rechtsfolgen herbeizuführen, die bei den klassischen absoluten Rechten jeden Dritten bereits kraft Gesetzes treffen. Das aber ist bei der Ausschließungserklärung der Eltern der Fall: Die Stellung des ausgeschlossenen Dritten ist genauso wie seine Stellung etwa zu jedem beliebigen Eigentümer. Durch die Gestaltungserklärung wird für den Begünstigten die Position geschaffen, welche ihm bei den klassischen absoluten Rechten unmittelbar kraft Gesetzes zukommt. Das "absolute" Gestaltungsrecht kann damit nicht auf dieselbe Stufe wie die absoluten Herrschaftsrechte gestellt werden: Sie ermächtigen den Berechtigten nur, eine, das Verhalten eines Dritten betreffende Norm zur Geltung zu bringen, während das Herrschaftsrecht gerade die Stellung des durch eine bestehende Verhaltensnorm Begünstigten kennzeichnet.[391]

Als Ergebnis ist festzuhalten: Das Recht der Eltern, jeden Dritten vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, wenn dieser bei der Realisierung ihrer Vorstellungen vom Wohl des Kindes, soweit diese maßgeblich sind, stört, ist ein Gestaltungsrecht.

---

390) Vgl. Adomeit, S.14(b): "Die Befugnis, außerhalb einer bestehenden Sonderverbindung fremde Verpflichtung durch einseitige Anordnung zu schaffen, ist in einer modernen Zivilrechtsdogmatik kaum vorstellbar; dies wäre die Institutionalisierung der Willkür."

391) Vgl. Adomeit, S.28.

IV. Die Rechte des einzelnen Elternteils

Haben die Eltern die Möglichkeit, Dritte vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, so fragt sich, ob hier beide Elternteile gemeinsam handeln müssen oder ob auch die Ausschließungserklärung eines einzelnen Elternteiles Wirkungen gegenüber Dritten zeitigt. Die Regelung der §§ 1626 ff. gibt hier keine eindeutige Antwort.[392] Denkbar ist es, die Eltern nur gemeinsam als Träger des elterlichen Rechtes anzusehen, was nahelegen könnte, für den Schutz dieses Rechtes ein gemeinsames Vorgehen zu verlangen. Möglich ist es aber auch, jeden Elternteil als Inhaber eines selbständigen Rechtes anzusehen, in dessen Ausübung er nur insoweit beschränkt ist, als er sein Verhalten mit dem des anderen abstimmen muß ("gegenseitiges Einvernehmen", § 1627 BGB).[393] Letzterer Auffassung ist der Vorrang zu geben. Sie entspricht besser den Wertungen des Gesetzes, nach denen grundsätzlich jeder Elternteil als fähig angesehen wird, die gesamte elterliche Gewalt allein auszuüben, falls der andere Elternteil nicht mehr lebt oder nicht handeln kann (vgl. §§ 1678 I, 1681 I BGB). Auch dem Kind gegenüber tritt praktisch jeder Elternteil in den meisten Fällen als selbständige Erziehungspersönlichkeit auf.

Das hat zur Folge, daß grundsätzlich jeder Elternteil das Recht hat, zum Schutze seiner Interessen einen Dritten vom Umgang mit dem Kind auszuschließen. Jedoch zwingt ihn § 1627 BGB dazu, sein Verhalten mit dem des anderen Ehegatten abzustimmen. Ist diesem das Verhalten seines Ehepartners gleichgültig, so wird dessen Recht auf Aus-

---

392) Vgl. zu dem parallelen Problem, ob der Herausgabeanspruch nur von beiden Eltern gemeinsam geltend gemacht werden kann, Staud.-Donau, § 1632/20 ff.; Soergel-Lange, § 1632/4.

393) So insbes. Gernhuber, S.502 und FamRZ 62/96 bei und mit FN 55.

schließung nicht beschränkt. Einen Widerspruch des anderen Elternteils gegen eine Ausschließungserklärung hat der Dritte als eine Beschränkung des generellen Ausschließungsrechts darzutun.

V. Ergebnis

Damit ist im Bereich des Erziehungsrechts, der praktisch allein interessiert, der Schutz der Eltern dort, wo ihre Vorstellungen maßgeblich sind, gewährleistet durch die Verleihung eines Gestaltungsrechtes in der Form eines Ausschließungsrechtes. Im Bereich der übrigen Personen- und Vermögenssorge, soweit keine Vertretungs- oder amtsähnliche Maßnahmen in Betracht kommen, könnte dagegen die Absolutheit der Zuständigkeit der Eltern angenommen werden.[394] Beide Konstruktionen könnten, da sie verschiedene Bereiche betreffen, durchaus nebeneinander stehen. Da aber, wie gesagt, der Bereich der Erziehung fast ausschließlich interessiert, entspricht es dem Gebot der Rechtsklarheit und damit dem der Rechtssicherheit besser, auch in dem übrigen Bereich, in dem die Eltern einen Schutz verdienen, nur ein Ausschließungsrecht anzunehmen. Eine praktisch relevante Einschränkung ihrer Rechtsstellung ist damit nicht verbunden. Der elterlichen Gewalt kommt damit in dem Bereich, in dem für ihre Vorstellungen ein Spielraum ist, da objektive Interessen des Kindes nicht erkennbar sind, eine Wirkung gegenüber Dritten zu: Die Eltern können Dritte vom Umgang mit dem Kind ausschließen. Die Eltern können vorbeugend auf Unterlassen klagen, wenn zu befürchten ist, daß sich der Dritte an diesen Ausschluß nicht hält.

---

394) Vgl. o. § 4, 3.Kap., IV. C 2.

§ 5 Umfang und Grenzen des Ausschließungsrechtes

Ist festgestellt, daß die Eltern in einem bestimmten Bereich das Recht haben, Dritte vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, so ist die in Rspr. und Literatur kontroverse Frage zu beantworten, welche Grenzen diesem Ausschließungsrecht gesetzt sind. Es bedarf der Klärung, ob die Eltern von ihrem Recht uneingeschränkt Gebrauch machen können, bis das Kind volljährig ist, oder ob bereits vorher das Recht eine Abschwächung erfährt oder gar erlischt. Der Stand der Meinungen wurde bereits oben skizziert.[1)] Dabei wurde gesehen, daß die Ansicht, welche die früher h.M. von einem uneingeschränkten Recht der Eltern ablehnt, von zwei verschiedenen Ansätzen ausgeht: Die eine Meinung leitet eine Begrenzung des Elternrechts bereits vor der Volljährigkeit des Kindes aus dessen Grundrechten ab, während eine andere Auffassung für einen Abbau der elterlichen Gewalt deren Sinn und Zweck selbst heranzieht. Letztere soll hier zuerst geprüft werden, denn bevor man nach den Auswirkungen der Grundrechte auf die privatrechtliche Regelung der elterlichen Gewalt fragt, erscheint es richtiger, den Inhalt dieser Regelung selbst erst genau zu bestimmen.

1. Kapitel: Die rein privatrechtliche Argumentation

I. Die Problemstellung

Gefragt ist danach, welche Grenzen sich aus der Privatrechtsordnung für das Ausschließungsrecht der Eltern ergeben. Bei

---

1) Vgl. § 2, 2. Kap.

der Bestimmung der für das Privatrecht maßgeblichen Interessenlage wurde bereits gesehen, daß das Recht der Eltern generell dort seine Grenze hat, wo objektive Interessen des Kindes entgegenstehen.[2] Zur Präzisierung dieser Grenzen erscheint es notwendig, zwischen verschiedenen Arten dieser objektiven Interessen zu unterscheiden: Zum einen gibt es das Interesse des unmündigen Kindes, welches fordert, daß all diejenigen Maßnahmen ergriffen werden, von denen objektiv erkennbar ist, daß sie zur Erreichung der Ziele von Pflege und Erziehung notwendig sind. Besonders bedeutsam erscheint dabei das Interesse des Unmündigen daran, daß ihm bereits ein gewisser Spielraum eigener Handlungsfreiheit eingeräumt wird, um sich einüben zu können in die nach der Volljährigkeit ihm zukommende volle Freiheit. Zum anderen ist ein objektives Interesse des konkret Mündigen an Selbstbestimmung gegeben. Die dann gewährte Handlungsfreiheit kann man als personale bezeichnen, da sie dem Mündigen allein deshalb zu gewähren ist, weil der Mensch zur Selbstbestimmung angelegt ist, worauf wesentlich die Würde der Person beruht (vgl. Art.1 und 2 GG).[3] Die Handlungsfreiheit, die gegeben wird, um ein anderes Ziel zu erreichen - hier eben, um die Fähigkeit zur Selbstbestimmung zu fördern -, kann als funktionale bezeichnet werden.[4] Im folgenden soll nun geprüft werden, wie das Privatrecht im einzelnen die Berücksichtigung dieser objektiven Kindesinteressen regelt, welche im Prinzip den Elterninteressen vorgehen.

---

2) Vgl. § 4, 1. Kap., I B 1.

3) S.o. § 4, 1. Kap., I B 2.c bei FN 35.

4) Auf die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen funktionaler und personaler Handlungsfreiheit weist Reuter S.62 ff. nachdrücklich hin. Zum Verhältnis entsprechender Freiheitsrechte ders., S.136 ff. mit Nachweisen.

II. Das objektive Interesse an personaler Handlungsfreiheit

A. Die Gewährung personaler Handlungsfreiheit nach Lage des Einzelfalls

Die Meinung, welche für einen Abbau der elterlichen Gewalt eintritt, stützt ihre Forderung im wesentlichen darauf, daß ein Kind regelmäßig bereits vor Vollendung des 21. Lebensjahres jedenfalls in Teilbereichen ein solches Maß an Reife erlangt hat, daß eine elterliche Bevormundung nicht mehr vertretbar erscheint.[5)]

Personale Handlungsfreiheit und Bevormundung durch die Eltern sind sich ausschließende Gegensätze. Wenn das BGB Kinder bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres unter die elterliche Gewalt stellt (§§ 1626 I; 2 BGB), so kann das bedeuten, daß personale Handlungsfreiheit vorher nicht zu gewähren ist, soweit nicht Spezialnormen eine Ausnahme machen. Das könnte damit begründet werden, daß das Interesse der Allgemeinheit, aber auch der Eltern an Rechtssicherheit eine feste Grenze fordert.[6)] Will man dagegen dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes generell den Vorzug geben, muß man auf den jeweiligen Einzelfall abstellen, um die Frage nach der Grenze elterlicher Berechtigung zu beantworten, denn weder geht die Entwicklung aller Kinder konform, noch stellen die konkreten Lebenslagen gleiche Anforderungen an die Reife dessen, der über sie zu entscheiden hat.[7)] Denkbar wäre aber auch, in § 1626 I BGB nur eine "Obergrenze" zu sehen, oberhalb derer jedenfalls elterliche Bevormundung ausgeschlossen ist, unter-

---

5) Vgl.o. § 2, 2.Kap., II u. III.

6) Vgl. Bosch, S.43; Enn.-Nipperdey, S.522.

7) Vgl. § 2, 2.Kap., III bei FN 27.

halb derer aber die Rechte und Pflichten der Eltern erst unter Berücksichtigung aller gesetzlichen Wertungen jeweils festzulegen sind.[8] Dann wäre es möglich, daß dem Kind personale Handlungsfreiheit gewährt wird, auch außerhalb der besonders normierten Fälle, die dann keine abschließende, eher eine beispielhafte Regelung darstellen.[9]

1. Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis

Die Antwort auf die Frage, welcher Ansicht der Vorzug zu geben ist, wird erleichtert, wenn man zwischen dem Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern, das man als Innenverhältnis bezeichnen kann, und der Stellung des Dritten gegenüber Eltern und Kindern (Außenverhältnis) unterscheidet. Damit wäre die Möglichkeit gegeben zu einer differenzierenden Lösung, die den Unterschieden der jeweiligen Interessenlagen besser gerecht werden könnte als eine Einheitsbetrachtung. Außer bei der deliktsrechtlichen Argumentation ist die Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis auch bei der Frage, wie weit die kindliche Selbstbestimmungsfähigkeit zu beachten ist, bekannt. So steht im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern durch § 5 RKEG fest, daß die Entscheidung des Kindes, welcher Konfession es angehören will, ab einem bestimmten Alter allein maßgeblich ist. Im Verhältnis zu Dritten, etwa der Kirche, wird aber teilweise angenommen, daß es bei der Fremdbestimmung bleibt: nur die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes könnten etwa den Austritt aus der Kirche erklären.[10] Im Außenverhältnis tritt dann das Selbstbestim-

---

8) So insbes. Gernhuber, FamRZ S.62/95 1.Sp.

9) Reuter, S.83 f., weist zu Recht darauf hin, daß eine teilweise Entlassung des Kindes aus der Bevormundung dem Erziehungsinteresse des Kindes nicht widerspricht.

10) Z.B. Dölle II, S.196.

mungsrecht des Kindes nicht in Erscheinung, während es die Eltern im Innenverhältnis bindet.[11)]

2. Die Beachtung der Reife des Kindes im Innenverhältnis

Die Ansicht, nach welcher eine genügende Reife des Kindes zur Entscheidung im Einzelfall beachtlich ist, würde die reine Fremdnützigkeit der elterlichen Gewalt besser zum Ausdruck bringen. Diese läßt an sich eine Bevormundung nur solange zu, als das Kind nicht genügend Selbstbestimmungsfähigkeit besitzt. Dem steht der Wortlaut des § 1627 BGB nicht entgegen: Der genannte Gedanke der Fremdnützigkeit wird zwar hier lediglich dahingehend genannt, daß er bei der Ausübung der elterlichen Gewalt zu beachten ist, aber auch der Verzicht auf Bevormundung, weil das Kindeswohl es fordert, kann als Akt der elterlichen Gewalt gesehen werden. Auch § 1626 II BGB macht deutlich, daß tatsächliche Bevormundung nur erfolgen soll, wenn nicht nachfolgende Vorschriften, zu denen § 1627 BGB zählt, etwas anderes verlangen. Dem Kind auch außerhalb der besonders geregelten Fälle personale Handlungsfreiheit zu gewähren, könnte aber das oben erwähnte Interesse der Eltern an Rechtssicherheit verletzen. Um das entscheiden zu können, erscheint es notwendig zu klären, welche Anforderung die Berücksichtigung der Kindesreife im Einzelfall an die Eltern stellt.

Ist zu beurteilen, wann ein Kind genügend Reife zur Entscheidung im Einzelfall hat, so muß getrennt werden zwischen der Frage, welche Anforderungen eine konkrete Situation an die Reife dessen stellt, der entscheiden soll, und ob das Kind diesen Anforderungen genügen kann, ob die Diskrepanz jeden-

---

11) Weigern sich die Eltern, im Außenverhältnis bestimmte Maßnahmen vorzunehmen, zu denen sie dem Kind gegenüber verpflichtet sind, so hat das Kind die Möglichkeit des § 7 RKEG.

falls nicht größer ist als bei einem normalentwickelten 21-jährigen Menschen, den das Gesetz generell für mündig erklärt.[12] Bedeutsamer ist nun das Problem, nach welchen Maßstäben diese Fragen zu beantworten sind. Das Gesetz geht davon aus, daß die Ausübung der elterlichen Gewalt zum Wohle des Kindes - und darum handelt es sich ja, wenn dem Kind personale Handlungsfreiheit gewährt wird - von den Eltern in "eigener Verantwortung" vorzunehmen ist (§ 1627 BGB). Das bedeutet aber nicht, daß die Eltern nach Belieben verfahren können, solange sie nur subjektiv das Beste des Kindes wollen. Wie oben gezeigt wurde, haben die Eltern einen Spielraum eigener Entscheidung nur dort, wo nicht objektive Interessen des Kindes erkennbar sind[13], eine Annahme, mit welcher der Wortlaut des § 1627 durchaus vereinbar ist.[14] Zur Beantwortung der Frage, ob ein Interesse an Selbstbestimmung

---

12) Das hat zur Folge, daß es einer Beantwortung der Frage, welche Anforderungen der Einzelfall an die Reife des Kindes stellt, nicht mehr bedarf, wenn festgestellt werden kann, daß das Kind im entscheidenden Fall die Reife eines Erwachsenen hat.
Zur Relativität der Urteilsfähigkeit nach Schweizer Recht - nach § 19 II ZGB können konkret Urteilsfähige best. Geschäfte selbständig tätigen - vgl. Binder, S.31 ff.(33); Gmür, S.54; Grossen, S.319.

13) Vgl. § 4, 1.Kap., I B.

14) Die rechtlich entscheidende Richtlinie des Verhaltens der Eltern gegenüber ihren Kindern ergibt § 1627. § 1666 normiert nur die Voraussetzungen für ein staatliches Eingreifen von Amts wegen. Daraus kann nicht gefolgert werden, daß jede Maßnahme der Eltern rechtmäßig ist, gegen die nicht nach § 1666 eingeschritten werden kann.
Vgl. auch § 4, 1.Kap., I. B 2.a und Staud-Göppinger: § 1666/30: Voraussetzung für § 1666 sei ein grober Verstoß gegen Elternpflichten. Danach ist also auch ein nicht nach § 1666 zu behandelnder leichter Verstoß gegen die Elternpflichten möglich.

im Einzelfall gegeben ist, sind die objektiven Wertmaßstäbe heranzuziehen, wobei maßgeblich nicht nur die Wertungen des Gesetzes sind, sondern auch andere, allgemein anerkannte Grundsätze, soweit sie nicht auf den einzelnen Eltern freigestellten Wertungen, insbesondere weltanschaulicher Art basieren.[15)]

Um zu klären, welche Anforderungen der Einzelfall an die Reife eines Kindes stellt, werden die Eltern nur selten auf irgendwelche allgemein anerkannte Grundsätze zurückgreifen können. Anders ist es bei der Frage, welches Maß an Selbstbestimmungsfähigkeit ein Kind tatsächlich hat. Die Richtigkeit der darüber getroffenen Feststellungen läßt sich weitgehend überprüfen[16)], ein Entscheidungsspielraum verbleibt den Eltern kaum. Eine solche Auslegung des Begriffes "Wohl des Kindes" in § 1627 BGB, die nicht allein auf den Horizont der Eltern abstellt, widerspricht nicht dem Grundsatz der Offenkundigkeit einer Norm[17)], welcher hier fordert, daß Durchschnittseltern im Normalfall das so verstandene Wohl des Kindes erkennen können: Auch das, was an Ergebnissen der den Eltern meist nicht zugänglichen wissenschaftlichen Forschung wirklich allgemein anerkannt ist - wo Streit herrscht, kann sowieso kein bindender Maßstab für die Eltern angenommen werden -, kann in den für die Kindesbehandlung maßgeblichen Folgen im Normalfall von Durchschnittseltern eingesehen werden. Denn von diesen ist zu erwarten, daß sie wegen der großen Bedeutung der Erziehung für die Kinder sich auch über wissenschaftliche Erkenntnisse informieren, wozu heute auch in hinreichendem Maße Möglichkeiten bestehen.

---

15) Vgl. dazu § 4, 1.Kap., I. B 2.c.

16) Dazu, nach welchen Aspekten bei der Selbstbestimmungsfähigkeit zu fragen ist, vgl. § 5, 1.Kap., II. B 1.

17) Vgl. § 4, 3.Kap., V. B.

Zum andern kann es in schwierigen, zugleich bedeutsamen Fällen angebracht sein, den Rat eines Fachmanns einzuholen. Dies ist bei dem Bemühen um das physische Wohl des Kindes durchaus üblich, wo nicht selten der Arzt konsultiert wird. Gleiches hat aber auch auf dem Gebiet der in keiner Weise minderwichtigen psychischen Entwicklung des Kindes zu geschehen.[18] Mit dem so erlangten theoretischen Rüstzeug und der Möglichkeit, das Kindesverhalten über längere Zeit zu beobachten, können Durchschnittseltern im Normalfall den Grad der Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes im Einzelfall erkennen. Damit ist aber auch dem Interesse der Eltern an Rechtssicherheit Genüge getan.

Schwieriger ist es bei dem dritten, der mit dem Kind Umgang pflegt. Er hat jedenfalls nicht in der gleichen Weise wie die Eltern die Möglichkeit, die Reife des Kindes zu erkennen, schon weil er oft dessen Verhalten nicht genügend lang verfolgen kann.[19] Mag dem Dritten gegenüber eine Norm nicht genügend offenkundig sein, die auf die Reife des Kindes abstellt, so berechtigt dies jedoch nicht, die Regelung im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern zu ändern.

3. Die Auswirkungen auf das Außenverhältnis

Ist festgestellt, daß die Eltern dem Kind bereits vor dem 21. Lebensjahr personale Handlungsfreiheit zu gewähren haben, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind, so bleibt die hier ja primär interessierende Frage zu beantworten, welche Folgen dies für das elterliche Ausschließungsrecht hat.

---

18) Praktisch zu demselben Ergebnis würde man kommen, wenn man auf "die Anschauungen und Gewohnheiten vernünftig und besonnen denkender und handelnder Eltern" abstellt, so z.B. Staud-Göppinger für § 1666 in § 1666/30, da sich solche Eltern um die Berücksichtigung dessen bemühen, was als Ergebnis der Wissenschaft als dem Wohl des Kindes dienend anerkannt ist.

19) Vgl. Binder, S.46.

Bei § 5 RKEG wird behauptet, daß Dritte aus dem dort gegebenen Selbstbestimmungsrecht des Kindes keine eigenen Rechte ableiten können[20] und daß der Versuch, ein über 14 Jahre altes Kind zum Glaubenswechsel zu bewegen, das Elternrecht verletzen könne.[21] Dieser Auffassung ist vom Ansatz her nicht zu folgen. Sie basiert auf der Vorstellung, daß die Verleihung des Selbstbestimmungsrechtes an das Kind das Erziehungsrecht der Eltern nicht einschränkt.[22] Es ist richtig, daß den Eltern nicht jede Beeinflussung auf weltanschaulichem Gebiet verboten wird, doch eine Bevormundung ist ausgeschlossen, da diese gerade die Kindesentscheidung nicht berücksichtigt.[23] Wo aber die Eltern dem Kind gegenüber nicht berechtigt sind, Entscheidungen für dieses zu treffen, besteht auch gegenüber Dritten kein schützbares Interesse daran, daß ihre Vorstellungen, nicht die anderer, zum Zuge kommen. Es zeigt sich hier die Abhängigkeit des Außenverhältnisses zwischen Eltern und Dritten vom Innenverhältnis der Eltern zu ihren Kindern, das besteht, weil ersteres nur zum Schutz des letzteren gegeben ist. Wo eine Entscheidung dem Kind gegenüber rechtswidrig ist, besteht keine Veranlassung, zum Schutz ihrer Realisierung in das Freiheitsrecht Dritter einzugreifen: Dieser kann sich, insbesondere in einem Prozeß auf die Unzulässigkeit der elterlichen Maßnahme berufen.

Bedeutsam kann aber sein, daß die Rechtslage, die im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern gilt, Dritten oft nur schwer erkennbar ist, sobald das zu beachtende Selbstbestimmungsrecht des Kindes nicht, wie etwa bei § 5 RKEG, auf einer mit

---

20) Staud.-Donau, § 5 RKEG/12; Gernhuber, S.585.

21) BVerwG FamRZ 63/182.

22) Vgl. Kipp, S.48; Staudinger-Donau,§ 5 RKEG/11; Dölle II, S.196; Feuchte DÖV 65/664.

23) RGRK-G.Scheffler, § 5 RKEG/2; Soergel-Lange, § 1631/5; Reuter, S.198; BGHZ 21/351: keine "autoritäre" Entscheidung der Eltern.

festen Altersgrenzen arbeitenden Norm basiert. Der Grundsatz der Offenkundigkeit einer Norm könnte daher fordern, daß gegenüber Dritten die elterliche Maßnahme wirksam bleibt, solange sie nicht von zuständiger Stelle wegen Verstoßes gegen das Kindesinteresse aufgehoben wird (§ 1666 BGB).[24] Eine entsprechende Situation findet sich im rechtsgeschäftlichen Bereich, wo die eindeutige Regelung der §§ 107,108,111 BGB zeigt, daß ein Rechtsgeschäft auch dann der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter bedarf, wenn das Kind genügend Reife für die konkrete Entscheidung besitzt: Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird im Außenverhältnis unwiderleglich vermutet, daß dem Kind die Selbstbestimmungsfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr fehlt.[25]

Die vom Gesetzgeber für den rechtsgeschäftlichen Bereich getroffenen Wertungen zwingen aber nicht dazu, Dritten gegenüber das elterliche Umgangsverbot solange als wirksam zu erachten, bis es von zuständiger Stelle aufgehoben wird: Einmal ist nur der rechtsgeschäftliche Bereich auf das gesteigerte Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit angewiesen, das die §§ 107 ff. BGB gewähren. Nur bei ihm stehen Vermögensinteressen derart im Vordergrund, daß eine sinnvolle Disposition, auf welche die gesamte Wirtschaft angewiesen ist, nur möglich erscheint, wenn die Rechtslage in hohem Maße transparent ist. Bei anderen rechtlich relevanten zwischenmenschlichen Beziehungen sind solche Gründe nicht gegeben. Das wird für den hier beachtlichen Bereich insbeson-

---

24) Vgl. Bosch FamRZ 58/140; Staud.-Donau § 1626/6 a.E.

25) Zur Bindung auch des Gesetzlichen Vertreters an die "Idee des objektiv Richtigen" vgl. Müller-Freienfels, Vertretung, S.361 ff. (364, 367 f.); Thiele, S.66 ff. Welche Auswirkungen sich aus den Altersgrenzen etwa des § 5 RKEG auf die Geschäftsfähigkeit des Kindes ergeben, ist str., vgl. z.B. Dölle II, S.196 einerseits, Staud.-Donau § 5 RKEG/9 andererseits.

dere dadurch unterstrichen, daß gegen den Dritten Schadensersatzansprüche regelmäßig nicht in Betracht kommen.[26] Diese würden ihn ja wesentlich stärker treffen als ein Unterlassungsanspruch. Zum anderen ist die maßgebliche Rechtslage zwischen Eltern und Kindern dem Dritten regelmäßig nicht so unbekannt wie im Normalfall des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, wo der Partner meist keinerlei persönlichen Kontakt zu dem Kind hat. Der Dritte, der mit dem Kind Umgang hatte, kann dessen Fähigkeiten zur Selbstbestimmung in weit größerem Maße erkennen.[27] Ob diese Erkenntnismöglichkeit ausreicht, dem Prinzip der Offenkundigkeit voll zu genügen, wenn auch im Verhältnis zum Dritten auf die konkrete Reife des Kindes abgestellt wird, ist schwer zu entscheiden.[28] Auch wenn diese Frage verneint wird, rechtfertigt sich der eingeschlagene Weg aber daraus, daß das Prinzip der Offenkundigkeit hier in Widerstreit gerät mit dem Prinzip der freien Entfaltung der Persönlichkeit: Seine volle Geltung kann nur erreicht werden, wenn die Freiheit des Dritten zum Umgang mit minderjährigen Personen eingeschränkt wird. Da aber das Offenkundigkeitsprinzip nur entwickelt wurde, um die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung zu stärken[29], scheint es hier gerechtfertigt, die nur beschränkte Geltung des Prinzips anzunehmen. Es wird so dem Dritten überlassen, ob er sich dann, wenn für ihn die Rechtslage im Einzelfall nicht genügend erkennbar ist, auf einen Streit mit den Eltern einlassen oder hier nun selbst sein möglicherweise bestehendes Recht auf Umgang zurücktreten lassen will.

---

26) Vgl.o. § 4, 2.Kap.

27) Gernhuber FamRZ 62/95 1.Sp.: Die Rechtssicherheit fordere hier keine Standardisierung.

28) Gernhuber FamRZ 62/93 1.Sp.: "Niemand vermag in einer jeden Zweifel ausschließenden Manier zu bestimmen, ob eine Standardisierung der elterlichen Gewalt in bestimmten Teilbereichen erforderlich ist."

29) Vgl. § 4, 3.Kap., V. A.

Einer solchen Begrenzung des elterlichen Ausschließungsrechts steht § 1666 BGB nicht entgegen. Hier werden nur die Voraussetzungen für ein Eingreifen des Staates von Amts wegen normiert, es wird aber nicht gesagt, daß die in einem Rechtsstreit mit Dritten von den Eltern angerufenen staatlichen Gerichte die Eltern solange unterstützen müssen, solange die Voraussetzungen des § 1666 BGB nicht eingreifen. Wenn die Eltern von sich aus für eine Maßnahme, die unmittelbare Auswirkungen auf das Kind hat, die Hilfe des Staates in Anspruch nehmen, erscheint es richtig, für die Entscheidung der Gerichte allein auf den eigentlichen Maßstab elterlichen Handelns, den § 1627 BGB, abzustellen, auf den sich, wie gezeigt wurde, auch der Dritte in einem Streit berufen kann.[30)]

Auch Gründe der Beweislast sprechen nicht gegen die hier vertretene Ansicht[31)], schon deshalb, weil die genügende Reife des Kindes in einem konkreten Fall von dem Dritten, der sich darauf beruft, bewiesen werden muß. Das Gesetz geht davon aus, daß grundsätzlich dem Kind vor dem 21. Lebensjahr Selbstbestimmungsfähigkeit mangelt, wie § 1626 BGB, aber etwa auch § 107 BGB zeigt. Die mögliche und zu beachtende Ausnahme hat der Dritte darzutun und notfalls zu beweisen.

---

30) Anders aber die h.M. bei § 1632 BGB: Der Beklagte kann sich nur darauf berufen, daß das Herausgabeverlangen ihm gegenüber mißbräuchlich ist. Ist es nur dem Kind gegenüber mißbräuchlich, so müßte erst das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB entscheiden (vgl. z.B. Staud.-Donau § 1632/11 mit Nachweisen). Dem ist aus den im Text genannten Gründen nicht zuzustimmen, vgl. auch § 4, 1.Kap., I. B 2.a a.E.

31) Zur Beachtlichkeit dieses Arguments vgl. Bosch FamRZ 58/140 f.; Staud.-Donau § 1626/6; gegen diese Jayme, 2.Teil, 4.Kap. IV 2 c mit Nachweisen FN 138.

4. Ergebnis

Damit aber ergibt sich aus dem Privatrecht selbst, daß bereits vor Vollendung des 21. Lebensjahres und über die besonders geregelten Fälle hinaus die Fähigkeit des Kindes zur Selbstbestimmung im konkreten Einzelfall nicht nur im Innen-, sondern auch im Außenverhältnis gegenüber dem Dritten beachtlich ist, der mit dem Kind Umgang pflegt. Im Gegensatz zur Konzeption Gernhubers etwa besteht aber dort, wo das Kind genügend Reife zur Entscheidung hat, auch kein Kontrollrecht der Eltern mehr[32], denn der Selbstbestimmungsfähige kann sich auch für etwas entscheiden, was den guten Sitten widerspricht oder objektiv schädlich ist. Nur wird dann, wenn ein Kind eine solche Entscheidung trifft, der Nachweis, daß es die dazu erforderliche Reife besitzt, nur schwer zu führen sein.[33]

B. Altersgrenzen für die Gewährung personaler Handlungsfreiheit über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus

Es wurde gesehen, daß es dem Interesse des Dritten an Offenkundigkeit vielleicht nicht immer voll genügt, wenn man auch im Verhältnis zu ihm auf die konkrete Selbstbestimmungs-

---

32) Vgl. dazu Gernhuber FamRZ 62/95 1.Sp.

33) Vgl. Grossen, S.319: "Ist eine unvernünftige Handlung begangen worden, so liegt es nahe, keine Urteilsfähigkeit anzunehmen."; § 16 ZGB definiert Urteilsfähigkeit als Fähigkeit, "vernunftgemäß zu handeln", vgl. dazu Binder, S.13 ff. Die obj. Vernünftigkeit eines Verhaltens wird also ein Indiz für die subj. Fähigkeit zum vernunftgemäßen Verhalten angesehen.
Vgl. zum Kriterium der "Vernünftigkeit" bei dem verwandten Problem der Teilgeschäftsfähigkeit bei § 104 Nr.2 BGB Gebaur AcP 153/S.362. Für das Strafrecht (§ 51 StGB) vgl. Schönke-Schröder 51/9a a.E.

fähigkeit des Kindes im Einzelfall abstellt. Schon aus diesem Grunde ist die Frage bedeutsam, ob sich aus den Wertungen des Gesetzes über die besonders geregelten Fälle hinaus feste Grenzen für den Übergang von elterlicher Fremd- auf die Selbstbestimmung des Kindes finden lassen. Zu denken wäre insbesondere daran, neue Regelungen in Analogie zu den bestehenden Altersgrenzen zu schaffen.[34)]

1. Die Einzelaspekte der Selbstbestimmungsfähigkeit

Um erkennen zu können, auf welche Aspekte es jeweils ankommt, wenn die Frage nach der Selbstbestimmungsfähigkeit des Menschen zu beantworten ist, sollen diese erst näher umschrieben werden. Selbstbestimmungsfähigkeit ist die Fähigkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art.2 GG). Bereits oben wurde gesehen, daß frei nur entscheiden kann, wer die Folgen seines Tuns voraussehen kann.[35)] Die Fähigkeit dazu wird auch in der Umschreibung der zivil- wie strafrechtlichen Verantwortung genannt (§§ 828 II BGB; 51 StGB), welche letztlich ihren Grund in der Selbstbestimmungsfähigkeit hat. Eng damit zusammen hängt die Fähigkeit, die verschiedenen, im konkreten Fall tatsächlich zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten zu erkennen.

---

34) Da dies im Ergebnis nicht möglich sein wird, kann dahinstehen, ob es sich dabei um eine Rechtsfortbildung praeter legen mittels Analogie (vgl. dazu Canaris, Lückenfeststellung, §§ 64 ff., 140 ff.) oder um Fortbildung secundum legen handelt, nämlich um die Konkretisierung der Generalklausel des § 1627 BGB unter Heranziehung der gesetzlichen Wertungen (vgl. Canaris aaO., § 16 f.), wobei die Analogie als Auslegungshilfe dienen könnte (vgl. Canaris aaO., § 13). Entscheidend dürfte allein sein, ob sich die Aufstellung der Regeln im Rahmen des möglichen Wortsinns des § 1627 hält (vgl. Canaris aaO., § 10 bei FN 21).
Dahinstehen kann auch die Frage, ob sich nicht aus § 1626 I ein beschränktes Analogieverbot ergibt (keine Rechtsfortbildung dahin, daß das Kind generell vor dem 21. Lebensjahr mündig)(vgl. dazu generell Canaris aaO., §§ 175ff).

35) § 4, 3.Kap., V. A a.E.

Ist der im Einzelfall bestehende Handlungsspielraum und sind die möglichen Folgen erkannt, so ist zwischen den verschiedenen Verhaltensweisen zu wählen. Dies setzt die Fähigkeit zur Wertung voraus, die wiederum nur gegeben ist, wenn abstrakte Wertmaßstäbe vorhanden sind. Die Fähigkeit, solche selbst und in eigener Verantwortung zu bilden, also nicht nur fremde Maßstäbe unreflektiert zu übernehmen, und die Relevanz der eigenen Wertungen im Einzelfall zu erkennen - letzteres wird ebenfalls in §§ 51 StGB; 828 BGB angesprochen -, ist als zweites Moment der Selbstbestimmungsfähigkeit festzuhalten.

Mit der Entscheidung für eine bestimmte Handlungsmodalität ist es aber nicht getan. Als drittes Moment setzt Selbstbestimmungsfähigkeit vielmehr das Vermögen voraus, die Entscheidung auch durchzusetzen, gemäß dem für richtig Erkannten zu handeln. Durchsetzen muß das Kind seine Entscheidungen nicht nur gegen Einflüsse von außen[36], sondern auch gegenüber solchen, die der eigenen Psyche entstammen. Das Kind muß sich gegen das "ES", die Triebe , manchmal aber auch gegenüber einem allzu strengen "Über-Ich"[37] behaupten, denn Selbstbestimmung ist die Bestimmung der tatsächlichen Verhaltensweise durch das "Ich".[38] Diese Fähigkeit, nach dem als richtig Erkannten zu handeln, wird in § 51 StGB, nicht aber in § 828 II BGB angesprochen. Daraus läßt sich aber nicht folgern, daß sie im Zivilrecht zur Frage der Selbstbestimmungsfähigkeit keine Rolle spielt: Bereits § 827 BGB, der die Verantwortlichkeit bei Fehlen der freien Willensbildung

---

36) Ist der Einfluß des Dritten so stark, daß das Kind nicht mehr genügend Selbstbestimmungsfähigkeit hat, so steht einem Ausschluß des Dritten durch die Eltern nichts im Weg.

37) Die Instanz, die im Laufe der Entwicklung Normen der Umwelt übernimmt und nun innerhalb der Psyche des Menschen weiter deren Einhaltung verlangt.

38) Vgl. dazu Binder, S.14 ff. Die fehlende Stärke des Ichs führt oft auch bereits dazu, daß die anderen Momente der Selbstbestimmungsfähigkeit nicht vorliegen.

ausschließt[39], zeigt dies.

2. Analogie zu § 1 und § 3 EheG

Sind damit die Einzelaspekte der Selbstbestimmungsfähigkeit verdeutlicht, so kann gefragt werden, ob das Gesetz generelle Entscheidungen darüber getroffen hat, ab wann und gegebenenfalls für welchen Bereich das Vorliegen bestimmter Fähigkeiten anzunehmen ist. Zur Rechtfertigung eines Abbaus der elterlichen Gewalt wird z.T. auf die Regelung des EheG hingewiesen.[40] Dessen § 1 und § 3 ergeben aber jedenfalls für die generelle Annahme der Selbstbestimmungsfähigkeit im Bereich des Umgangs mit Personen anderen Geschlechts vor dem 21. Lebensjahr nichts. Aus ihnen kann nur entnommen werden, daß das Kind in bestimmtem Umfang tatsächlich genügende Reife zur Entscheidung haben k a n n , die von den Eltern - wie oben gesehen - dann auch beachtet werden muß. Tun sie das nicht, so enthält § 3 III eine besondere Möglichkeit für das Kind, seine Interessen zu schützen. Es ist nicht gesagt, daß das Kind - was hier allein interessiert - im Regelfall eine bestimmte Reife besitzt. Es wird lediglich in § 1 eine Grenzziehung dahin vorgenommen, daß vor einem bestimmten Alter jedenfalls die Entscheidung zur Heirat nicht genügend ich-bestimmt ist, womit aber wiederum nichts für die Frage des notwendigerweise vor der Heirat liegenden Umgangs mit potentiellen Partnern einer Ehe gesagt ist.

---

39) Auch bei der Geschäftsfähigkeit ist auf die Fähigkeit zur freien Willensbildung abzustellen (vgl. § 104 Nr.2 BGB und dazu Soergel-Hefermehl 104/4a); zu § 828 s.u. § 5, 1.Kap., II. B 6. FN 54.

40) Vgl. OLG Koblenz FamRZ 58/137 und Jayme, 2.Teil 4.Kap. IV 2b, die aber aus dem EheG auch kein uneingeschränktes Selbstbestimmungsrecht des Kindes herleiten, sondern ein Kontrollrecht bestehen lassen. Vgl. zu diesem aber § 5, 1.Kap., II. A 4.

3. Analogie zu § 107 BGB

Auch § 107 BGB ergibt nichts. Nach ihm kann der Minderjährige nach dem 7. Lebensjahr Willenserklärungen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeben, wenn diese ihm keinen rechtlichen Nachteil bringen.[41] Zwar setzt auch § 107 eine gewisse Reife des Kindes voraus, sonst wäre es nicht berechtigt, überhaupt seinen Erklärungen Bedeutung beizumessen.[42] Eine generelle Fähigkeit zur Selbstbestimmung kann aber aus § 107 nicht abgeleitet werden, denn diese würde voraussetzen, daß das Kind zwischen mehreren Verhaltensweisen wählen kann, was ihm § 107 nicht zugesteht. So kann das Kind einen Antrag auf Abschluß eines rechtlich nur vorteilhaften Vertrags nicht ablehnen.[43] § 107 enthält nur selbst bereits die vom Zweck des in ihm enthaltenen Grundsatzes geforderte Einschränkung: Der Schutz des Kindes im rechtsgeschäftlichen Raum, den gerade seine mangelnde Reife verlangt, ist dort nicht nötig, wo wegen der Art des Rechtsgeschäftes dem Kind gar kein Schaden drohen kann.[44]

4. Analogie zu § 5 RKEG

Die Bestimmung des § 5 RKEG verstößt nicht gegen Art.6 II GG.[45] Auch das nach Art.6 II GG geschützte Elternrecht findet seine Grenze dort, wo das Kind genügend Reife zur eigenen Entscheidung hat. Wenn der Gesetzgeber diese Grenze näher

---

41) Zu den neutralen Geschäften vgl. Soergel-Hefermehl 107/5.

42) Vgl. Staud.-Coing, § 106/3.

43). Vgl. Soergel-Lange, § 146/4.

44) Vgl. Soergel-Hefermehl, § 107/1.

45) So aber Peters, S.394 FN 85; vgl. auch Hofmann FamRZ 65/61 ff.; dagegen Maunz-Dürig-Herzog, Art.7/31 f.; RGRK-G.Scheffler, § 5 RKEG/2; BGH 21/352 f; Gernhuber, S.36 (bei FN 3).

bestimmt, was er praktisch mit allen festen Altersgrenzen macht, so verletzt er allein damit das Elternrecht nicht. Dieses besteht vielmehr grundsätzlich nur in dem insbesondere vom Zivilrecht gesetzten Rahmen.

Gemäß § 5 RKEG hat das Kind mit Vollendung des 14. Lebensjahres das Recht, selbst darüber zu entscheiden, zu welchem religiösen Bekenntnis bzw. zu welcher Weltanschauung (§ 6 RKEG) es sich bekennen will. Der Begriff der Weltanschauung ist dabei weit zu fassen, will man jede inhaltliche Festlegung vermeiden, die dem Geist des Art.4 I GG widerspräche. So steht es der Annahme einer Weltanschauung nicht entgegen, wenn die Fragen, die sich mit dem Aufbau der Welt im weitesten Sinn und mit dem Sinn und Zweck menschlichen Daseins befassen[46], aus welchen Gründen immer, als nicht beantwortbar erklärt werden.[47] Es ergibt sich so als erster positiver Befund der Untersuchung, daß ein Kind mit der Vollendung des 14. Lebensjahres nach der Wertung des Gesetzes die zur Selbstbestimmungsfähigkeit notwendige Eigenschaft besitzt, abstrakte Wertmaßstäbe zu bilden, denn dies bedeutet nichts anderes, als eine - jedenfalls theoretisch - für verbindlich erachtete Ethik zu entwickeln. Die Ethik aber ist ein klassischer Bereich jeder Religion und Weltanschauung. Sogar derjenige, der jede Religion und Weltanschauung glaubt ablehnen zu müssen, bedarf irgendwelcher ethischen Grundwertungen, denn diese sind Voraussetzung für die im praktischen Leben laufend notwendige Entscheidung zwischen verschiedenen Verhaltensweisen.[48]

---

46) Zur Definition des Begriffs Weltanschauung vgl. Kipp, S.49; RGRK-G.Scheffler, § 6 RKEG.

47) Der Satz, daß keine Weltanschauung nicht auch eine Weltanschauung ist (vgl. Kipp, S.49; Staud.-Donau, § 6 RKEG/1), ist damit nur bedingt richtig.

48) Daß sich der Mensch oft der wahren Motive seines Handelns nicht bewußt ist, ist ein allgemeines Problem, auf das hier nicht besonders einzugehen ist.

Es bleibt zu klären, ob § 5 RKEG etwas über die Fähigkeit des Kindes besagt, die aus den abstrakten Wertmaßstäben im Einzelfall sich ergebenden Konsequenzen zu ziehen. Über den Umfang des von § 5 RKEG gewährten Selbstbestimmungsrechts besteht keine Einigung. Von der Frage der Geschäftsfähigkeit einmal abgesehen ist insbesondere str., ob das Kind auch selbst über jeden konkreten Akt der Religionsausübung oder etwa auch der Fortbildung innerhalb eines gewählten Bekenntnisses (Teilnahme am Religionsunterricht o.a.) frei bestimmen darf.[49]

Die Frage läßt sich nicht generell beantworten. Mit der Fähigkeit, über die grundsätzliche Verbindlichkeit einer Weltanschauung für sich selbst zu entscheiden, von der allein § 5 RKEG spricht, ist noch nicht die Fähigkeit gegeben, in jedem konkreten Einzelfall die Konsequenzen aus dieser Grundsatzentscheidung zu ziehen: Denn im praktischen Anwendungsfall wiegen die bewußten und vor allem unbewußten Bewegkräfte innerhalb der eigenen Person, aber auch der Einfluß anderer Menschen viel stärker, als wenn es um die verhältnismäßig abstrakte Grundsatzentscheidung selbst geht. Mag ein Kind durchaus in der Lage sein, sich frei für eine bestimmte Konfession zu bekennen. Es hat deshalb noch nicht die Freiheit zu entscheiden, ob es etwa an einem schönen Sommertag am Religionsunterricht teilnehmen oder lieber baden gehen soll. Ob eine Konsequenz, die das Kind im Einzelfall aus seiner weltanschaulichen Grundentscheidung gezogen hat, von den Eltern voll respektiert werden muß, wird nicht durch § 5 RKEG beantwortet. Es gelten vielmehr die oben angestellten, generellen Erwägungen: Die Eltern sind

---

49) Vgl. etwa für das Recht des Kindes, über die Teilnahme am Religionsunterricht zu entscheiden: RGRK-G.Scheffler, § 5 RKEG/2; Staud.-Donau, § 5 RKEG/11; BGH 21,351 und gegen dieses Recht Dölle II, S.197; Reuter, S.198; Hofmann FamRZ 65/64 f.

nur gebunden, wenn das Kind für die Einzelfallentscheidung tatsächlich über genügend Selbstbestimmungsfähigkeit verfügt. Allerdings gibt § 5 RKEG eine beachtliche Einschränkung: Wenn das Kind zur konkreten Entscheidung nicht hinreichende Reife besitzt, so sind die Eltern doch nicht berechtigt, ihre Wertungen in vollem Umfang anstelle der des Kindes zu setzen. Dessen grundsätzliche Entscheidung für eine bestimmte Weltanschauung bleibt vielmehr für die Eltern verbindlich. Diese müssen sich fragen, welche Maßnahme am besten dem Interesse des Kindes entspricht, wenn man von dessen Bekenntnis etwa zu einer bestimmten Konfession als einer vorgegebenen, nicht veränderbaren Größe ausgeht.

Nur soweit die Eltern einen Entscheidungsspielraum haben, dürfen sie aber solche Dritte vom Umgang mit dem Kind ausschließen, die die Realisierung ihrer Vorstellungen stören. Einen solchen Spielraum haben sie aber z.B. regelmäßig nicht, wenn es darum geht, ein Kind zum Besuch der Messe anzuhalten, wenn es sich zum Katholizismus bekennt, aber zur Entscheidung über den Kirchenbesuch nicht genügend Reife im Einzelfall besitzt.[50] Die Eltern werden hier auf das Kind einwirken müssen, den entsprechenden Pflichten eines Katholiken nachzukommen, selbst wenn sie Religion schlechthin als "Opium des Volkes" und daher den Interessen des Kindes abträglich ansehen. Sie sind dann auch nicht berechtigt, einem Geistlichen den Umgang mit dem Kind zu versagen, wenn dieser sich nur bemüht, das Kind zum Besuch der Messe anzuhalten.

---

50) Von sonstigen Ausnahmefällen, welche den Eltern einen Entscheidungsspielraum einräumen (Krankheit des Kindes o.ä.) abgesehen, kann aber im Einzelfall auch eine beachtliche Gewissensentscheidung des Kindes gegen einen konkreten Kirchenbesuch vorliegen, der dann die Eltern über § 5 RKEG auf jeden Fall bindet. So ist denkbar, daß ein pietistisches Kind einen Gottesdienstbesuch ablehnt, weil dieser von einem Vertreter der vom Kind strikt abgelehnten, historisch-kritischen Bibelforschung gehalten wird (vgl. Hamel, S.63; Feuchte, DÖV 65/664).

Anders mag es eben sein, wenn es um die Teilnahme an einer kirchlichen Freizeit geht. Hier können die Eltern, wenn das Kind nicht selbst entscheiden kann, etwa zu dem Ergebnis kommen, daß es für das Kind angesichts seiner schulischen Situation besser ist, wenn es zu Hause bleibt. Sie können dann einen Dritten vom Umgang mit dem Kind ausschließen, wenn sich dieser bemüht, das Kind doch zur Mitfahrt zu bewegen.

§ 5 RKEG mag so gewisse Auswirkungen auf das elterliche Entscheidungsrecht haben und damit auch auf die Befugnis der Eltern, Dritte vom Umgang mit dem Kind auszuschließen. Doch geht es dabei lediglich um die Realisierung der in § 5 RKEG selbst enthaltenen Wertung. Eine Analogie zu § 5 RKEG ist nur möglich für weltanschaulich bedingte Grundsatzentscheidungen, die mit der Entscheidung für eine bestimmte Religion als solcher vergleichbar sind. Das ist etwa bei der Frage eines Parteibeitrittes gegeben.[51] Größere Bedeutung ist damit aber nicht verbunden.

5. Analogie zu Art. 38 II GG

Ähnlich wie bei Art.5 RKEG ist die Situation bei Art.38 II 1.Hs. GG, der jedem Bundesbürger mit Vollendung des 18. Lebensjahres das aktive Wahlrecht verleiht. Eine Entscheidung ist für den einzelnen hier nicht möglich ohne vorherige Information und Auseinandersetzung mit verschiedenen Ansichten. Der 18-Jährige wird generell für reif angesehen, tatsächliche Gegebenheiten im politischen Bereich in einem gewissen Umfang zu erkennen. Er ist auch in der Lage, Wertentscheidungen zu treffen[52], ja sogar sich auch angesichts einer mit manchen

51) So Scholler, S.192.

52) Vgl. dazu aber bereits o. § 5, 1.Kap., II.A 4.u. zu § 5 RKEG.

psychologischen Mitteln arbeitenden Wahlpropaganda ein unabhängiges Bild in einer einem Normalerwachsenen eigenen Maße zu bilden. Damit ist aber nicht gesagt, daß der 18-Jährige auch generell selbstbestimmungsfähig ist, wenn es um die Frage geht, in welcher Form und vor allem in welchem Umfang er sich Informationen sammelt oder sich mit anderen Meinungen auseinandersetzt. Es gilt hier Ähnliches wie bei § 5 RKEG: Die Entscheidung etwa darüber, inwieweit berufliche oder schulische Belange hinter dem Bemühen um eine intensive politische Information etwa durch Teilnahme an zeitraubenden Diskussionen zurückzutreten haben, erfordert ein höheres Maß insbesondere an Durchsetzungsfähigkeit als die wiederum verhältnismäßig abstrakte Entscheidung bei einer Wahl. Maßgeblich ist auch hier wieder die dem Kind im Einzelfall mögliche Selbstbestimmungsfähigkeit, ohne daß Art.38 II GG eine generelle Regelung entnommen werden kann.[53)] Die Fähigkeit des Heranwachsenden, sich selbstverantwortlich bei einer Wahl etwa für eine bestimmte Partei zu entscheiden, führt aber ähnlich wie die Freiheit, sich für eine bestimmte Weltanschauung zu bekennen, zu einer gewissen Einschränkung der elterlichen Befugnisse: Die Eltern dürfen hier nicht in bevormundender Weise auf die Willensbildung des Kindes einwirken. Ihre Entscheidung ist nicht maßgeblich derart, daß sie einen Dritten vom Umgang mit dem Kind deshalb ausschließen dürfen, weil er das Kind für seine Wahlentscheidung in eine Richtung zu beeinflussen versucht, welche den Vorstellungen der Eltern widerspricht.

---

53) Vgl. aber zur funktionalen Entscheidungsfreiheit u. § 5, 1. Kap., III.
Im Text geht es allein um die personale Freiheit.

6. Analogie zu § 3 und § 105 JGG

Weitere, zur Annahme der Selbstbestimmungsfähigkeit notwendige Eigenschaften werden von § 3 und § 105 JGG angesprochen[54]: Hier ist die Frage der Zurechnungs- bzw. Schuldfähigkeit des noch nicht 21-Jährigen behandelt.[55] Diese setzt ein "Mindestmaß an Fähigkeit zur Selbstbestimmung" voraus[56] und ist als Fähigkeit zu begreifen, das Unrecht der Tat einzusehen und dieser Einsicht gemäß zu handeln.[57] Damit aber sind alle für die Selbstbestimmungsfähigkeit maßgeblichen Eigenschaften erfaßt: Neben der aus § 5 RKEG abgeleiteten Fähigkeit, abstrakte Wertmaßstäbe zu entwickeln, wird hier nun mit der Einsicht in das Unrecht der Tat einmal die Möglichkeit angesprochen, die Folgen eigenen Handelns in etwa abzuschätzen[58], da nur darauf die Einsicht in das Unerlaubte der Tat aufbauen kann.[59] Weiter wird die Fähigkeit, die Aktualität eines abstrakten Wertmaßstabes im konkreten Einzelfall zu erkennen, behandelt. Schließlich wird danach gefragt, ob das Kind gemäß dem als richtig Erkannten handeln kann. Es ist aber keine Grenze ersichtlich, ab der das Kind generell genügend Reife haben soll, auch nur in einem bestimmten Bereich selbst zu entscheiden.

Aus § 105 JGG ergibt sich, daß der Heranwachsende keine "normal entwicklungsbedingte jugendliche Unreife" mehr

---

54) § 828 II BGB wird hier außer Betracht gelassen, da er an dem veralteten discernment-Begriff festhält und zudem die Bedeutung des § 828 II sehr bestr. ist; vgl. Geilen FamRZ 65/401 ff. und eingehend Waibel, S.64 ff., 102 ff.

55) Beide Begriffe werden gebraucht; vgl. Jescheck, S.285 FN 1.

56) Jescheck, S.285.

57) Maurach AT, § 36 I B1 und dazu, ob die Einsicht in das Unerlaubte in § 51 StGB und in das Unrecht in § 3 JGG Verschiedenes meinen, AT § 36 IV A 2b.

58) Zur Frage, was bei den Fahrlässigkeitsdelikten im einzelnen voraussehbar sein muß, vgl. Maurach AT § 44 III B 1 mit einer Hervorhebung der Unterschiede zwischen Straf- und Zivilrecht.

59) So für das Zivilrecht ausdrücklich RGZ 53/158; s.dazu Waibel, S.77 ff. Für das Strafrecht Jagusch, LK, § 3 JGG/ 3 b aa.

hat[60], er hat zumindest den in § 3 JGG angesprochenen Entwicklungsstand, der Voraussetzung ist, einen Jugendlichen für sein Verhalten strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Der Jugendliche wird aber im JGG auch dann, wenn seine Zurechnungsfähigkeit bejaht wird, nicht dem Erwachsenen gleichgestellt (vgl. § 5 JGG), da er anderen physischen und vor allem psychischen Gesetzmäßigkeiten unterliegt[61], woraus sich auch der Grundgedanke des Jugendstrafrechts verstehen läßt, daß Erziehung wichtiger ist als Strafe.[62] Da der Schuldgehalt und damit das Maß der Verwerfbarkeit der Tat eines Jugendlichen geringer ist als der eines Erwachsenen[63], kann die dem Normalheranwachsenden vom Gesetz bescheinigte Reife nicht genügen, generell die Reife eines Erwachsenen anzunehmen: Sie reicht nur aus, im Fall einer Straftat Verantwortlichkeit nach Maßgabe der JGG-Vorschriften für zurechnungsfähige Jugendliche daran zu knüpfen. Andererseits läßt sich nicht allgemeinverbindlich der Kreis der Handlungen umschreiben, bei denen dieses vom Gesetz dem Heranwachsenden generell attestierte Maß an Selbstbestimmungsfähigkeit ausreicht für eine eigenverantwortliche Entscheidung. Es fehlen die allgemein verbindlichen Maßstäbe dafür, welche Anforderungen ein konkreter Einzelfall an die Reife des über ihn Entscheidenden stellt.

Auch die andere Aussage des § 105 JGG, daß ab dem 18. Lebensjahr generell die Möglichkeit besteht, daß das Kind die dem Erwachsenen eigene Selbstbestimmungsfähigkeit hat, ergibt nichts angesichts der Fragestellung, ab wann ein Kind die Reife eines Erwachsenen im Normalfall tatsächlich hat. Denn § 105 JGG sagt nicht, daß der Heranwachsende nur ausnahmsweise die Reife eines Jugendlichen, im Zweifel die des Er-

---

60) Schmidhäuser, 10/15.

61) Vgl. Dallinger-Lackner, § 5/2; Welzel, Strafrecht, S.271; Jagusch, LK § 5 JGG/1 und Vorbem. 3 vor § 1 JGG.

62) Jagusch, LK § 5 JGG/1; Schmidhäuser 22/9 a.E.; Baumann, S.740 mit Nachw.

63) Welzel, S.271.

wachsenen hat, was der Wortlaut der Vorschrift an sich nahelegen könnte. Diese Annahme widerspräche dem Zweck des Gesetzes.[64] Danach wird die Gruppe der Heranwachsenden nicht völlig selbständig behandelt, sondern als zwischen Jugendlichen und Erwachsenen stehend angesehen.[65] Deren Recht ist im Einzelfall je nach dem Ergebnis der Prüfung anwendbar, ob der konkrete Täter schon als Erwachsener oder noch als Jugendlicher anzusehen ist[66]. Eine Vermutung für die Anwendbarkeit des Erwachsenenrechts besteht nicht.[67]

7. Ergebnis

Aus den untersuchten Bestimmungen des Gesetzes konnte nicht entnommen werden, daß ein Kind - jedenfalls in Teilbereichen - bereits generell vor dem 21. Lebensjahr genügende Fähigkeiten zur Selbstbestimmung besitzt. Es sind keine weiteren Vorschriften ersichtlich, aus denen sich etwas anderes ergeben könnte.[68]

---

64) BGHSt 12/118.

65) Vgl. Dallinger-Lackner, § 105 JGG/1.

66) Zu dieser schwierigen Frage und dazu, wie der Begriff des Jugendlichen auszulegen ist, vgl. Dallinger-Lackner, § 105 JGG/15 ff.

67) Jagusch, LK § 105 JGG/4. Angesichts dieses Befundes kann es dahinstehen, welches Recht anwendbar ist, wenn die sich aus § 105 JGG ergebenden Fragen im Einzelfall nicht beantwortet werden können (vgl. Nachw. zu diesem Streit bei Dallinger-Lackner § 105 JGG/37), denn diejenigen, die für die Möglichkeit der Anwendung des Erwachsenenstrafrechts auch im Zweifelsfall plädieren, begründen dies daraus, daß dies die minderschwere Ahndung bedeuten könne (vgl. Grethlein-Brunner JGG, S.405 (3) mit Nachw. und Grethlein NJW 59/542), was praktisch auf die Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo hinausläuft (vgl. dazu Dallinger-Lackner, § 105 JGG/37 und Grethlein-Brunner aaO.).

68) Vgl. die Übersicht über die Volljährigkeitsstufen bis zur Volljährigkeit bei Luther, S.94 ff. Möglich erscheint es allerdings, die einzelnen Altersstufen analog auf spezielle Fälle anzuwenden, ähnlich der analogen Anwendung des § 5 RKEG auf den Parteibeitritt, doch kann dem hier nicht im einzelnen nachgegangen werden.

III. Das objektive Interesse des konkret unmündigen Kindes

Nachdem gesehen wurde, wie das Privatrecht die objektiven Interessen des tatsächlich mündigen Kindes an Selbstbestimmung berücksichtigt, bleibt zu klären, wie das objektive Interesse des tatsächlich unmündigen Kindes Beachtung findet. Für letzteres gilt grundsätzlich dasselbe, was für das erstere bereits ausgeführt wurde, da der Unterschied allein im Inhalt des objektiven Interesses liegt. Wird erkannt, daß eine Maßnahme objektiv notwendig ist, um die Ziele von Pflege und Erziehung zu erreichen, so sind die Eltern verpflichtet, diese zu treffen. Das hat Auswirkungen in zwei Richtungen: Einmal fehlt es dort, wo die Eltern keinen eigenen Entscheidungsspielraum haben, an einem schützbaren Interesse daran, daß ihre Vorstellungen, nicht die Dritter, zum Zug kommen. Die Eltern haben hier keine Ausschließungsbefugnis aus eigenem Recht. Zum anderen wird der Vorrang des Kindesinteresses bei der Betrachtung des Ausschlusses eines Dritten selbst bedeutsam: Dieser ist gleichzeitig eine Maßnahme gegenüber dem Kind, die ihm gegenüber rechtswidrig ist, sofern sie seinen objektiven Interessen zuwiderläuft. Daß sich dann aber auch der Dritte auf die Rechtswidrigkeit berufen kann, wurde auch bereits oben dargelegt. Hat somit der Inhalt des objektiven Interesses des Kindes Auswirkungen auf das hier zu beschreibende Ausschließungsrecht der Eltern, so würde es doch den Rahmen der Arbeit sprengen, wenn auf ihn selbst im einzelnen eingegangen würde. Wegen seiner besonderen Bedeutung und seiner Verwandtschaft mit dem als Grenze des Ausschließungsrechts der Eltern anerkannten Selbstbestimmungsrecht des Kindes soll allein das objektive Interesse des Kindes an funktionaler Handlungsfreiheit behandelt werden.

A. Das objektive Interesse an funktionaler Handlungsfreiheit

Dem Kind funktionale Handlungsfreiheit[69] zu gewähren, erscheint besonders bedeutsam, um ein Hauptziel der Erziehung, das Kind zur Selbstbestimmungsfähigkeit zu führen, möglichst weitgehend zu erreichen. Denn mit der dem Erwachsenen gegebenen Möglichkeit, aber auch dem Zwang zur eigenverantwortlichen Entscheidung sind spezielle Schwierigkeiten verbunden[70], deren Meisterung sich nicht theoretisch erlernen läßt. Dem Kind funktionale Handlungsfreiheit zu gewähren, bedeutet, ihm zu ermöglichen, sich praktisch in die Bewältigung der Aufgaben einzuüben, die mit der Mündigkeit auf es zukommen.[71]

Die Eltern haben einen Entscheidungsspielraum bei der Frage, wie weit sie dem Kind funktionale Handlungsfreiheit einräumen wollen. Als verbindlicher Maßstab ist jedoch der Zusammenhang zu beachten, der zwischen den für die Selbstbestimmung nötigen Fähigkeiten und der Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit besteht: Funktionale Handlungsfreiheit bedeutet, daß das Kind in einer bestimmten Angelegenheit selbst entscheiden darf. Das setzt aber ein gewisses Maß an Fähigkeit zur Selbstbestimmung voraus. Sonst wäre die Entscheidungsfreiheit des Kindes für dieses selbst, aber auch für möglicherweise betroffene Dritte zu gefährlich: Die Eltern haben hier nur die Möglichkeit nachträglichen Eingriffs, der

---

69) Zu dem Begriff vgl. § 5, 1.Kap. I.

70) Vgl. dazu oben die Einzelaspekte der Selbstbestimmungsfähigkeit § 5, 1.Kap. II. B 1.

71) Reuter, S.62 f.

aber zu spät kommen kann. Je größer der Abstand zwischen der im Einzelfall geforderten und der tatsächlich vorhandenen Reife, umso gefährlicher ist es, das Kind allein entscheiden zu lassen. Ist die Diskrepanz zu groß, hat die Gewährung von Handlungsfreiheit auch keinen erzieherischen Wert: sie kann ihr Ziel, dem Kind die Einübung in die spätere Freiheit zu ermöglichen, nicht erreichen. Die gesamte Entwicklung des Kindes erfolgt durch einen verhältnismäßig langsamen, stufenweisen Aufbau der verschiedensten Fähigkeiten, darunter auch der für die Selbstbestimmung notwendigen. Funktionale Handlungsfreiheit, die diese Entwicklung unterstützen soll, wird nur dann sinnvoll gewährt, wenn sie dem Kind mithilft, die jeweils nächste Stufe der Entwicklung zu erreichen, sich in die Bewältigung der jeweils spezifischen, neu auftretenden Schwierigkeiten einzuüben. Das Überspringen mehrerer Stufen würde dem Entwicklungsprozeß nicht gerecht. Zwingt dieser zu einem schrittweisen Vorgehen, so macht dies deutlich, daß zwischen der Reife, die eine Situation an das zur Entscheidung berufene Kind stellt, und dessen tatsächlicher Reife kein allzu großer Abstand sein darf.

Da dem Kind die Entscheidungsfreiheit gegeben wird, obwohl es die notwendige Reife nicht in dem erforderlichen Umfang besitzt, bleibt es Recht und Pflicht der Eltern, das Verhalten des Kindes zu überwachen. Wo die Eltern für die Gewährung von Handlungsfreiheit einen Entscheidungsspielraum haben, bleibt es ihnen unbenommen, eine einmal getroffene Entscheidung abzuändern und in die Freiheit des Kindes einzugreifen. Wo die Eltern keinen Spielraum für die Gewährung der Freiheit haben, müssen sie aber jedenfalls grundsätzlich dort eingreifen, wo das Verhalten des Kindes objektiv schädlich ist. Dies gilt einmal für Schäden, die dem Kind drohen, denn diese darf sich nur der zufügen, der in vollem

Umfang eigenverantwortlich handeln kann. Auch würde der Zweck der Einräumung funktionaler Handlungsfreiheit, objektiven Interessen des Kindes zu dienen, nicht erreicht, wenn das Kind sich objektiv schadet. Dabei ist aber zu beachten, daß das Erlebnis von Nachteilen, die durch eigenes Handeln verursacht wurden, im Einzelfall auch durchaus nützlich sein kann, so daß der dadurch gegebene Vorteil den erlittenen Nachteil aufwiegt. Den Eltern wird man daher einen Entscheidungsspielraum einräumen, ob sie eingreifen, wenn dem Kind Nachteile drohen. Eine Eingriffspflicht besteht aber auch, wenn Dritten Schaden droht, und zwar ergibt hier § 832 I 1 BGB eine unbedingte Pflicht. Wo weder die Gefahr eines Schadens bei dem Kind noch bei Dritten erkennbar ist, dürfen die Eltern dagegen nicht eingreifen, wenn sie für die Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit als solcher keinen Entscheidungsspielraum haben, denn Kennzeichen voller Freiheit des Kindes ist gerade das Fehlen elterlicher Bevormundung. Die Möglichkeit, sich in die Bewältigung der Freiheit einzuüben, ist umso geringer, je stärker im Einzelfall eine autoritäre Einflußnahme der Eltern ist.

B. Generelle Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit ab dem 18. Lebensjahr

Wie gesehen wurde, wird durch eine Reihe von Vorschriften anerkannt, daß das Kind bereits vor dem 21. Lebensjahr die für die Selbstbestimmung notwendigen Fähigkeiten jedenfalls in einem bestimmten Umfang besitzt.[72] Es fragt sich, ob sich mit Hilfe der in diesen Normen enthaltenen Wertungen eine Konkretisierung der Generalklausel des § 1627 BGB dahin erreichen läßt, daß sich bestimmte Regeln für die Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit aufstellen lassen. Der dafür

---

72) Vgl. § 5, 1. Kap., II. B.

notwendige Zusammenhang zwischen den für die Selbstbestimmung notwendigen Fähigkeiten und der Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit wurde soeben aufgezeigt.

Wie gesehen wurde, besitzt das Kind im Normalfall ab dem 14. Lebensjahr die Fähigkeit, abstrakte Wertmaßstäbe zu entwickeln (vgl. § 5 RKEG) und ab dem 18. Lebensjahr sind die übrigen, für die Selbstbestimmung notwendigen Eigenschaften jedenfalls in einem solchen Maß vorhanden, daß eine gewisse strafrechtliche Verantwortlichkeit daran geknüpft werden kann (vgl. § 105 JGG). Diese nach den Aussagen des Gesetzes bei einem Kind mit 18 Jahren tatsächlich vorhandene Reife berechtigt die Eltern, ihm generell funktionale Handlungsfreiheit zu gewähren. Dies ist weder für das Kind noch für einen Dritten mit zu großen Gefahren verbunden. Gerade die Tatsache, daß das Kind für seine Taten zur Verantwortung gezogen wird, zeigt, daß es in der Lage ist, Schaden von Dritten fern zu halten. Es ist dann auch fähig, eigenen Schaden zu vermeiden. Damit wird ab dem 18. Lebensjahr dem Zweck der elterlichen Gewalt Genüge getan, wenn die Eltern das Kind überwachen, das grundsätzlich eigenverantwortlich handeln kann, aber eben noch nicht die vollen Fähigkeiten eines Erwachsenen hat. Den Eltern bleibt im Fall der Fehlentwicklung die Möglichkeit einzuschreiten. Auch ist der Abstand zwischen der Reife, die bei einem 18-Jährigen mindestens vorhanden ist, und der, die eine beliebige Situation fordert, nicht so groß, daß die Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit ihr erzieherisches Ziel nicht erreichen könnte. Das wird dadurch unterstrichen, daß die im Einzelfall geforderte Reife nicht größer anzusetzen ist als die, die ein durchschnittlicher 21-Jähriger besitzt, den das Gesetz generell für mündig erklärt. Gerade § 105 JGG macht deutlich, daß mit dem 18. Lebensjahr das Kind eine Entwicklungsstufe erreicht hat, die direkt unter der Stufe voller strafrecht-

licher Verantwortlichkeit und damit korrespondierend voller Mündigkeit liegt. Dies entspricht auch der allgemeinen Erfahrung von der Entwicklung des Kindes. Diese geht bei einem 18-Jährigen nur noch verhältnismäßig langsam vor sich, gemessen an der Entwicklung etwa vor dem 10. Lebensjahr. Auch aus diesem Grunde erscheint es daher gerechtfertigt, dem 18-Jahrigen die Möglichkeit zu geben, sich in die Bewältigung der Freiheit einzuüben, die mit der Stellung des 21-Jährigen verbunden ist.

Ist es ab dem 18. Lebensjahr zulässig, generell funktionale Handlungsfreiheit zu gewähren, dann sind die Eltern auch verpflichtet, dies tatsächlich zu tun. Je mehr es dem Kind ermöglicht wird, unter der Kontrolle der Eltern zu lernen, die speziellen Schwierigkeiten künftiger Freiheit zu meistern, umso eher wird ein Hauptziel der Erziehung, das Kind zur Selbstbestimmungsfähigkeit zu führen, erreicht werden. Eingriffsmöglichkeiten haben die Eltern damit hier - wie oben gesehen wurde - grundsätzlich nur dann, wenn dem Kind oder Dritten objektiv ein Nachteil droht.

Zu klären bleibt, ob die Eltern dem Kind auch dann ab dem 18. Lebensjahr funktionale Handlungsfreiheit gewähren müssen, wenn das Kind infolge Entwicklungsstörungen den Stand eines normalen 18-Jährigen noch nicht erreicht hat. § 105 JGG kann entnommen werden, daß 18-Jährige unterschiedslos strafrechtlich verantwortlich sind. Geistig-Seelische Defekte sind lediglich im Rahmen des § 51 StGB beachtlich.[73)]

---

73) Gleiches gilt für die zivilrechtliche Deliktsfähigkeit: vgl. §§ 827, 828 BGB (vgl. auch § 5, 1.Kap., II. B. 6. FN 54).

Entscheidender ist aber, daß nach den Wertungen des BGB jeder Mensch ab dem 21. Lebensjahr für selbstbestimmungsfähig angesehen wird, wenn kein Entmündigungsgrund vorliegt (§§ 2,6 BGB). Gründe, die nicht berechtigen, einem 21-Jährigen die mit diesem Alter normalerweise verbundenen Fähigkeiten abzusprechen, erlauben auch nicht, bei einem 18-Jährigen anzunehmen, daß seine Fähigkeiten unter denen eines normal entwickelten Altersgenossen liegen. Liegen aber Entmündigungsgründe vor, dann ist eben der Normalstand der Fähigkeiten nicht erreicht, den §§ 5 RKEG, § 105 JGG voraussetzen, und die Eltern können nicht die funktionale Handlungsfreiheit gewähren, die darauf aufbaut.

Damit ist es gelungen, die Generalklausel des § 1627 BGB dahin zu konkretisieren, daß die Eltern verpflichtet sind dem Kind ab dem 18. Lebensjahr generell funktionale Handlungsfreiheit zu gewähren, wenn nicht Entmündigungsgründe vorliegen. Diese Regelung hält sich im Rahmen des möglichen Wortsinns des § 1627, so daß es sich bei ihrer Aufstellung um Rechtsfortbildung secundum legem handelt.[74)]

C. Die Auswirkungen auf das Ausschließungsrecht der Eltern

Wo die Eltern aus freien Stücken oder deshalb, weil sie dazu verpflichtet sind, funktionale Handlungsfreiheit gewähren, bleibt für ihre eigene Entscheidung grundsätzlich kein Raum. Damit ist auch kein Interesse der Eltern daran gegeben, daß die Verwirklichung ihrer Vorstellungen vom Wohle des Kindes gegen Beeinträchtigungen durch Dritte geschützt wird. Deshalb haben die Eltern dort, wo dem Kind funktionale Handlungsfreiheit zukommt, kein Ausschließungsrecht gegenüber

---

74) Vgl. § 5, 1.Kap., II. B, FN 34.

Dritten. Sobald die Eltern aber in den Freiheitsraum des Kindes eingreifen können - die Voraussetzungen dafür wurden oben skizziert -, sie also befugt sind, selbst für das Kind die Entscheidung zu treffen, besteht wieder ein schützbares Interesse daran, daß ihre Vorstellungen zum Zug kommen, nicht die anderer. Dort, wo die Eltern für die Gewährung funktionaler Handlungsfreiheit einen Spielraum haben, geben sie mit der Ausschließungserklärung zum Ausdruck, daß sie dem Kind keine Handlungsfreiheit mehr zugestehen wollen. Diese Entscheidung ist nur dann unbeachtlich, wenn sie objektiven Interessen des Kindes widerspricht. Sobald das Kind 18 Jahre alt ist, können die Eltern einen Dritten nur ausschließen, wenn das Kind seine Freiheit dazu gebraucht, sich oder einem anderen objektive Nachteile zuzufügen, wozu gerade der Einfluß des Dritten mit kausal sein kann, oder wenn Entmündigungsgründe vorliegen. Insoweit ist also der Ansicht, daß die elterliche Gewalt bereits vor dem 21. Lebensjahr des Kindes eine Abschwächung erfährt, sich das Direktionsrecht der Eltern in ein Kontrollrecht auch mit Wirkung gegenüber dem Dritten, der mit dem Kind Umgang hat, umwandelt[75], Recht zu geben.

Zu prüfen bleibt die Beweislastverteilung für den Fall, daß es zwischen den Eltern und einem ausgeschlossenen Dritten zu einem Streit kommt.[76] Wenn das Kind noch nicht 18 Jahre alt ist, hat der Dritte zu beweisen, daß die Nichtgewährung funktionaler Handlungsfreiheit, welche in der Ausschließungserklärung zum Ausdruck kommt, gegen objektive Interessen des

---

75) Vgl. Gernhuber, FamRZ 62/95 1.Sp. und oben § 2, 2.Kap. II und III. Das 18. Lebensjahr als Grenze elterlichen Rechts sieht auch Krüger-Breetzke-Nowack, § 1631/4, allerdings ohne nähere Begründung.

76) Zur Bedeutung der Art der Beweisverteilung für die Gesamtargumentation vgl. § 5, 1.Kap., II. A 3 bei FN 31.

Kindes verstößt, was praktisch nur sehr schwer möglich sein wird: Die Eltern entscheiden, solange das Kind nicht selbst dazu fähig ist, in allen Angelegenheiten, die das Kind betreffen. Die Elternentscheidung ist nur dann nicht maßgeblich, wenn sie objektiven Kindesinteressen widerspricht. Die Ausnahme hat der Dritte darzutun und notfalls zu beweisen.

Für die Zeit nach dem 18. Lebensjahr sind zwei Betrachtungsweisen möglich: einmal kann man die Phase zwischen dem 18. und dem 21. Lebensjahr isoliert betrachten und das Ausschließungsrecht der Eltern als Ausnahmeerscheinung ansehen, deren tatsächliche Voraussetzungen diese beweisen müssen. Zum anderen wäre es denkbar, auch hier davon auszugehen, daß die Eltern das Entscheidungs- und damit das Ausschließungsrecht haben, solange nicht Kindesinteressen entgegenstehen, was als Ausnahme der Dritte zu beweisen hätte. Seine Aufgabe wäre es darzutun, daß weder eine drohende Fehlentwicklung noch das Vorliegen von Entmündigungsgründen das Einschreiten der Eltern rechtfertigt. Mit letzterer Ansicht für den gesamten Bereich der elterlichen Gewalt den einheitlichen Grundsatz aufzustellen, daß die Eltern ein Entscheidungsrecht haben, solange nicht objektive Kindesinteressen entgegenstehen, entspricht besser der Regelung des Gesetzes: sie unterstellt das Kind in § 1626 BGB generell bis zum 21. Lebensjahr der elterlichen Gewalt und läßt in § 1627 BGB dann die Grenze elterlicher Bevormundung nachfolgen. Auch die Wertung des § 1666 BGB spricht dafür, nicht die Eltern die Beweislast tragen zu lassen: Der Staat hat ein Eingreifen zu unterlassen, wenn ein Fehlverhalten der Eltern nicht nachgewiesen ist. Das bedeutet, daß im Zweifelsfall gegenüber dem Kind, dessen Interessen den Eltern gegenüber der Staat wahrzunehmen hat, die Entscheidung der Eltern als rechtmäßig anzusehen ist. Dann ist es nicht berechtigt, den Eltern den Schutz ihrer Entscheidung davor, daß deren Realisierung

durch Umgang Dritter mit dem Kind gefährdet wird, zu verweigern. Im Zweifelsfall muß daher ihre Ausschließungserklärung als berechtigt angesehen werden, auch wenn dies wegen der praktischen Ausgestaltung nach dem 18. Lebensjahr des Kindes als Ausnahme anzusehen ist.[77)]

2. Kapitel: Die öffentlich-rechtliche Argumentation

Sind die Grenzen aufgezeigt, die sich aus dem Privatrecht für das Ausschließungsrecht der Eltern ergeben, so ist zu fragen, ob die Entscheidungsbefugnis der Eltern und damit ihr Ausschließungsrecht aus der Tatsache der Grundrechtsgeltung für die Kinder eine weitere Einschränkung erfährt. Über die damit angeschnittenen Probleme liegt eine eingehende Untersuchung von Reuter vor[78)], auf dessen Darstellung des Meinungsstandes hier verwiesen werden kann.[79)] Reuter hat gezeigt, daß mit der Frage der Auswirkungen der Kindesgrundrechte auf die elterliche Gewalt zwei Problemkreise angesprochen sind.[80)] Einmal ist zu klären, ob die Abgrenzung von Fremd- und Selbstbestimmung bei dem Kind durch das Zivilrecht mit den Grundrechten vereinbar ist.[81)]. Zum anderen geht es um die Frage, ob die Grundrechte die elterliche Gewalt dort, wo das Kind nicht selbst entscheiden darf, inhaltlich modifizieren. Letzteres interessiert hier nicht primär.

---

77) Ferner steht nicht der Satz, daß Negativa nicht zu beweisen sind, entgegen, da dieser Satz nicht richtig ist (vgl. Rosenberg, § 25); zur Auswirkung auf die Darlegungspflicht der Eltern vgl. Mühl JuS 64/194.

78) Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968.

79) Reuter, S.19 ff.

80) S.51 ff (73).

81) Diese Frage wird oft mit dem Stichwort "Grundrechtsmündigkeit" angesprochen; kritisch dazu Reuter, S.54 und FamRZ 69/622 ff.

Es ist eine Frage der "Drittwirkung der Grundrechte"[82], und hier geht es nur darum, wie weit mittels der in den Grundrechten enthaltenen Prinzipien[83] die Generalklausel des § 1627 BGB konkretisiert werden kann. Wie das Wohl des Kindes im einzelnen - von der Frage der Handlungsfreiheit abgesehen - zu umschreiben ist, wurde als eine den Rahmen der Arbeit sprengende Fragestellung angesehen.[84] Somit bleibt zu klären, ob die Abgrenzung zwischen Fremd- und Selbstbestimmung bei dem Kind durch das Privatrecht mit den Grundrechten vereinbar ist.

Die privatrechtliche Argumentation hat bereits gezeigt, daß die Eltern das Kind im Einzelfall selbst entscheiden lassen müssen, wenn es die dazu erforderliche Reife besitzt. Als Auswirkung der Grundrechte kann sich ein weiterer Selbstbestimmungsraum für das Kind nur ergeben, wenn die Grundrechte Handlungsfreiheit auch demjenigen gewähren, der nicht selbstbestimmungsfähig nach den oben genannten Kriterien[85] ist. Es ist behauptet worden, daß die Grundrechte nicht nur für den Einsichts- und Urteilsfähigen gelten, da sonst in sie Schranken hineingelesen würden, die nicht im Grundgesetz stünden.[86] Dieser Auffassung ist dort, wo es um die Garantie von Handlungsfreiheit durch die Grundrechte geht, nicht zu folgen.[87] Einem Unmündigen Handlungsfreiheit zu gewähren, bedeutet für ihn eine Gefahr. Er wird vor die Aufgabe gestellt, seine eigenen Belange selbst wahrzunehmen, obwohl er die dazu notwendigen Fähigkeiten nicht besitzt. Die Menschenwürde des Art.1 GG, welche zu realisieren Auf-

---

82) Vgl. Reuter, S. 91 ff. (95).

83) Vgl. § 3, 1.und 2.Kap.

84) Zur These Reuters, das Kindesinteresse verbiete auch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, vgl. oben § 4, 1.Kap., I. B 2.

85) Vgl. § 5, 1.Kap., II. B 1.

86) Vgl. Nachweise bei Reuter, S.43 f.

87) Vgl. Reuter, S. 43 ff., 59 ff.

gabe des Grundrechtskataloges ist, verlangt daher die fürsorgende Bevormundung des zur Selbstbestimmung nicht fähigen Kindes.[88] Dieses Fürsorgeinteresse ist auch in Art.6 II GG besonders anerkannt. Setzen somit die Grundrechte, die Handlungsfreiheit gewähren, die Selbstbestimmungsfähigkeit des Begünstigten voraus, so kann sich aus ihnen für die Mündigkeitsgrenzen nichts Neues ergeben, denn bereits nach dem Privatrecht haben die Eltern die Fähigkeit des Kindes zur eigenverantwortlichen Entscheidung im Einzelfall zu berücksichtigen. Die Frage, ob sich dies auch aus den Grundrechten ergeben würde[89], bedarf daher hier keiner Beantwortung. Wegen der Vielschichtigkeit der damit verbundenen Probleme würde es den Rahmen dieser Arbeit sprengen, nur "hilfsweise" darauf einzugehen.[90] Die öffentlichrechtliche Argumentation bringt daher für die Grenzen des elterlichen Ausschließungsrechtes keine neuen Erkenntnisse.

---

88) So zutreffend Reuter, S.60 mit Nachw. FN 26. Daß es für die Selbstbestimmungsfähigkeit auf den Stand des normal entwickelten erwachsenen Menschen ankommt, hebt Reuter S.60 ff. richtig hervor.

89) Reuter vertritt dies in seiner eingehenden Untersuchung nur für die Gewissens- und lebensgestaltenden Entscheidungen (S. 95-185).

90) Hingewiesen sei nur darauf, daß der Ausgangspunkt Reuters, daß es sich bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Mündigkeitsgrenzen mit den Grundrechten um den Bereich des Grundrechtsschutzes gegenüber dem Staat handele, da nicht ein Interessenkonflikt Privater geschlichtet, sondern die Interessen des Kindes von denen der Allgemeinheit an Rechtssicherheit abgegrenzt würden (S.77 ff. (91)), sehr bedenklich erscheint. Das Allgemeininteresse baut hier auf auf dem grundrechtlich geschützten Interesse des konkreten einzelnen, mit dem das Kind z.B. rechtsgeschäftlichen Kontakt hat (vgl. dazu allg. § 4, 3.Kap. V. A a.E.). Das Kindesgrundrecht auf Selbstbestimmung kollidiert mit Grundrechten anderer Individuen. Das ist gerade ein Kennzeichen des Bereiches, in dem man von der "Drittwirkung der Grundrechte" spricht (vgl. § 3, 1. Kap.).

§ 6 Der Schutz der Interessen des Kindes

Bisher wurde festgestellt, daß die Eltern das Recht haben, einen Dritten vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, damit ihre Vorstellungen von dem Wohl des Kindes zur Geltung kommen, nicht die Dritter. Wo die Eltern keinen Entscheidungsspielraum haben, wo nämlich objektive Interessen des Kindes erkennbar sind, ist kein beachtliches Elterninteresse gegeben. Ihre Vorstellungen sind nicht maßgeblich und ihr Interesse daran, daß die Interessen des Kindes geschützt werden, braucht nicht als solches berücksichtigt zu werden: Wenn sich jemand lediglich mit den Interessen eines anderen identifiziert, genügt der Schutz dessen Interessen. Es stellt sich die Frage, ob und wie ein objektives Interesse des K i n d e s daran, daß ein Dritter ihm gegenüber bestimmte Maßnahmen unterläßt, selbständig schützbar ist. Nur wenn erkannt wird, daß dies nicht möglich ist, ist zu fragen, ob die Interessen der Eltern hier berücksichtigt werden können.

1. Kapitel: Keine Absolutheit des Kindesrechts auf Erziehung

Geht man davon aus, daß das Kind ein Recht auf Erziehung hat[1)], wäre zu fragen, ob dieses Recht derart Wirkungen gegenüber Dritten entfaltet, daß es durch ein bestimmtes Verhalten dem Kind gegenüber verletzt werden kann. Oben wurde

---

1) Z.B. Müller-Freienfels, Vertretung, S.347 f.; Fabricius, S.78 bei und mit FN 1 mit Nachw.; Reuter, S.90 f.; Horstmann, S.23 bei FN 50; Gernhuber FamRZ 62/90, vgl. dort auch zur Frage, ob es sinnvoll ist, den Kindern ein Recht einzuräumen, das sie selbst nicht wahrnehmen können (bei FN 15 ff.).

gezeigt, daß die Absolutheit eines Rechtes einmal in der Absolutheit der Zuständigkeiten bestehen kann, zum anderen darin, daß die tatsächliche Lage des körperlichen Rechtsobjektes vor Veränderungen durch Dritte geschützt wird.[2] Letzteres ist hier nicht einschlägig, da das subjektive Recht des Kindes auf Erziehung und Pflege kein körperliches Rechtsobjekt hat. Aber auch eine Zuständigkeitsverletzung ist durch Dritte nicht möglich: Dem Kind ist eine bestimmte Verpflichtung der Eltern zugeordnet. Seine Zuständigkeit ist eine bloße Empfangszuständigkeit wie bei allen relativen Rechten, bei denen eine Verfügung über das Recht selbst ausgeschlossen ist. Diese Zuständigkeit kann aber von Dritten nur verletzt werden, wenn der Schuldner durch eine Leistung an einen Nichtberechtigten befreit wird. Bleibt er weiter verpflichtet, so ist die Leistung an den Dritten eine andere als die geschuldete und das Recht des Gläubigers ist nicht berührt worden. Da die Eltern nicht von ihrer Pflicht den Kindern gegenüber frei werden, wenn sie andere Kinder erziehen und pflegen, ist die Empfangszuständigkeit des Kindes nicht verletzbar. Nur das Interesse des Kindes daran, daß die tatsächlichen Leistungen der Eltern bei ihm möglichst optimale Auswirkungen haben, können durch Einwirkungen Dritter auf das Kind beeinträchtigt werden. Es ist also zu prüfen, ob dieses Interesse geschützt werden kann.

Bei sonstigen relativen Rechten ist es ebenfalls denkbar, daß der tatsächliche Wert der Leistung für den Gläubiger von dessen tatsächlicher physischer und psychischer Lage abhängt. Das Interesse des Gläubigers, daß nicht durch Einwirkungen Dritter diese Lage verändert wird, wird aber allgemein nicht vom Schutz des relativen Rechts selbst umfaßt. Das findet seine Berechtigung darin, daß der Gläubiger wie jeder andere

---

2) § 4, 3.Kap., IV A.

Mensch in unserer Rechtsordnung als eine zur freien und eigenverantwortlichen Entfaltung fähige Persönlichkeit angesehen wird. Ihr kann es grundsätzlich selbst überlassen werden, sich in die ihr am günstigsten erscheinende Lage für den Empfang der ihr von Rechts wegen zukommenden Leistung zu versetzen. Wird der Gläubiger durch Dritte in seiner freien Entfaltung gestört, so wird das nicht speziell in Beziehung gesetzt zu seiner Eignung, die Leistung zu empfangen. Vielmehr wird es als ein Problem eben der Gewährleistung freier Entfaltung der Person, also als eine Frage des Persönlichkeitsschutzes im weiteren Sinn (auch Schutz der physischen Integrität) gesehen.

Nun ist aber einem Kind gerade keine freie Entfaltung der Persönlichkeit möglich. Es ist daher zu überlegen, ob der Schutz des Kindesrechtes auf Erziehung und Pflege folgendermaßen auszudehnen ist: Jedem Dritten wird es untersagt, die tatsächliche Verfassung des Kindes mit der Folge zu verändern, daß die Leistungen der Eltern weniger erfolgreich sind. Eine solche Ausdehnung des normalen Schutzbereiches eines relativen Rechtes erscheint rein konstruktiv denkbar. Wenn durch Dritteinwirkungen elterliche Maßnahmen nicht optimal zur Auswirkung kommen, so ist das aber nur einer der denkbaren Fälle, in denen objektive Kindesinteressen durch ein Verhalten Dritter verletzt werden. Das ist ganz offensichtlich bei der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, gilt aber auch bei rein psychischen Einwirkungen auf das Kind. Aus diesem Grund erscheint es richtiger, die Beeinträchtigung objektiver Interessen des Kindes durch Dritte einheitlich zu behandeln, und nicht den Spezialfall, daß Elternmaßnahmen nicht voll zur Auswirkung kommen können, isoliert zu sehen. Insofern ist die Lage bei dem Kind durchaus vergleichbar mit der geschilderten Situation des Normalfalles eines erwachsenen Gläubigers. Einem Recht des Kindes auf Erziehung und Pflege gegenüber den Eltern ist daher keine Absolutheit zuzumessen.

2. Kapitel: Das Persönlichkeitsrecht des Kindes

Eine Möglichkeit, objektive Interessen des Kindes vor einer Verletzung durch Maßnahmen Dritter ihm gegenüber zu schützen, wäre die spezielle Ausgestaltung des Persönlichkeitsrechtes des Kindes. Sie wird, soweit ersichtlich, allein bei E. Wolf[3] erwähnt. Er meint, daß die Handlungen Dritter, welche nach der h.M. von der Absolutheit der elterlichen Gewalt rechtswidrig sind, regelmäßig als Verletzung des Persönlichkeitsrechtes des Kindes anzusehen sind. Dieser Ansatz wird jedoch nicht näher ausgeführt.

I. Der Schutz der psychischen Entwicklung des Kindes als prinzipielle Forderung

Im Gegensatz zum Normalfall des Erwachsenen sind die Kinder zur freien und eigenverantwortlichen Entfaltung der Persönlichkeit nicht fähig. Daraus wurde bereits oben abgeleitet[4], daß die Menschenwürde hier Fürsorge für das Kind verlangt. Das bedeutet auch, daß die staatliche Gemeinschaft für die Abwehr der Gefahren sorgen muß, die dem Kind von anderen Menschen drohen, eben weil das Kind diese regelmäßig selbst nicht fernhalten kann. Zu diesem allgemeinen Interesse des Unmündigen an Fürsorge kommt bei dem Kind das spezielle Interesse an Erziehung dazu. Wenn das GG das Idealbild eines Menschen gerade in einer zur freien und eigenverantwortlichen Entfaltung fähigen Persönlichkeit sieht[5], so würde es dem Bekenntnis des GG zum besonderen Wert auch jedes Kindes widersprechen, wenn nicht das Interesse des

---

3) FamRZ 68/498.

4) S.178 bei FN 88.

5) Zum Verhältnis von Art.1 und 2 GG vgl. § 4, 1.Kap., I.B 2.c bei FN 35.

Kindes, sich zu einer solchen Persönlichkeit zu entwickeln, auch rechtlich anerkannt würde. Die Befriedigung des Interesses an einer entsprechenden Hilfestellung durch andere Menschen, ohne die dieses Ziel nicht erreicht werden kann (Erziehung), wie des Interesses, daß eine solche Entwicklung nicht durch Einwirkungen anderer gestört wird, wird daher vom GG gefordert. Dieses bereits aus Art.1 GG ableitbare Prinzip hat in Art.6 II GG eine Bestätigung und grössere Konkretisierung erfahren.[6] Auch hier wird die Schutzbedürftigkeit des Kindes vor nachteiligen Handlungen anderer Menschen ihm gegenüber zum Ausdruck gebracht. So dient bereits der Vorrang, den Art.6 II GG den Eltern vor dem Staat bei der Pflege und Erziehung des Kindes einräumt, nicht nur deren Interesse, sondern auch dem des Kindes. Es soll der Gefahr vorgebeugt werden, die sich für das Kind daraus ergeben kann, daß Menschen - auch der Staat kann hier nur durch natürliche Personen tätig werden - für es zu sorgen haben, die nicht ein solches Eigeninteresse an seinem Wohl haben wie die Eltern. Aber auch vor nachteiligen Auswirkungen elterlichen Handelns wird das Kind geschützt, einmal dadurch, daß das Elternrecht den Eltern, also regelmäßig zwei Personen übertragen wird, wodurch bereits eine gegenseitige Kontrolle unter den Eltern selbst ermöglicht wird[7], zum anderen durch das Wächteramt, das der staatlichen Gemeinschaft zum Schutz des Kindes[8] auferlegt wird. Das GG schützt

---

6) Vgl. BVerfG FamRZ 68/584: "Die Anerkennung der Elternverantwortung und damit verbundenen Rechte findet ihre Rechtfertigung darin, daß das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie es dem Menschenbild des GG entspricht."

7) Vgl. Gernhuber FamRZ 62/90 r.Sp.

8) BVerfG FamRZ 68/584. Wird anerkannt, daß Art.6 II 2 GG zum Schutz des Kindes besteht, so ist es jedenfalls im gegebenen Zusammenhang gleichgültig, ob man hier auch ein Grundrecht des Kindes anerkennt (dafür z.B. Gernhuber FamRZ 62/90 l.Sp., dagegen Göppinger, S.23 u.56, der aber auch betont, daß Art.6 II 2 dem Kindesschutz dient). Gleiches gilt auch für Art.6 II 1, wo man ebenfalls wegen des Eigeninteresses des Kindes ein Kindesgrundrecht annehmen könnte (vgl. Klein FamRZ 70/518 (I 7)).

damit das Kind vor negativen Einwirkungen Dritter. Daß die Aussagen des GG, vor allem im Grundrechtsteil, Bedeutung auch für das Zivilrecht haben, wurde bereits oben betont[9], und auch der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes wird im Privatrecht allgemein als notwendig anerkannt.[10] Ablehnung erfuhr nur aus vor allem dogmatischen Gründen der Weg, den der BGH bei der Ausgestaltung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes beschritt. Es ist daher zu prüfen, ob aus der genannten Entscheidung des GG zum Schutz des Kindesinteresses eine Privatrechtsnorm abgeleitet werden kann. Dabei ist derselbe Weg einzuschlagen, der bei der Umsetzung des in Art.6 I und II GG enthaltenen Prinzips des Schutzes von Elterninteressen gegangen und dort näher begründet wurde.[11]

Da das prinzipiell anerkannte Interesse des Kindes dort, wo es um die Unversehrtheit von Leben, Körper und Gesundheit geht, im Privatrecht bereits einen hinreichenden Schutz erfahren hat (§ 823 I BGB), hat sich die Untersuchung auf den verbleibenden Bereich des Geistig-Seelischen zu konzentrieren, der ja auch bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Vordergrund steht. Aus diesem Bereich kann wieder ausscheiden das Kindesinteresse daran, daß die Eltern nicht zu seinem Nachteil handeln, da dies ebenfalls bereits seinen privatrechtlichen Niederschlag gefunden hat (insbes. §§ 1627, 1666 BGB). Es bleiben die Fälle, wo andere Menschen nachteilig auf das Kind einwirken.

---

9) Vgl. § 3, 2.Kap.

10) Vgl. Larenz II, S.413 und die dort abgedruckte Empfehlung des DJT; v. Caemmerer, Wandlungen, S.517 ff.

11) Vgl. insbes. § 3, 3.Kap., I.

II. Die Ableitung einer Privatrechtsnorm aus dem gefundenen Prinzip

A. Der privatrechtlich relevante Inhalt des Prinzips

Zu prüfen ist, wieweit die Interessenlage bei dem Kind dort, wo es um den Schutz vor nachteiligen Einwirkungen anderer Menschen im Privatrechtsbereich geht, mit dem staatsgerichteten Bereich übereinstimmt. Das Interesse daran, Gefahren abzuwehren, die sich daraus ergeben, daß Menschen auf das Kind einwirken, die nicht wie die Eltern ein Eigeninteresse an der Förderung des Kindeswohls haben, besteht gleichermaßen auf staatsgerichteter wie auf privater Ebene. Mögen jeweils die Absichten verschieden sein, aus denen die Menschen im einen oder anderen Bereich dem Kind gegenüber tätig werden, die Absicht, das Kindeswohl zu fördern, ist in beiden Fällen gleich unwahrscheinlich. Privatpersonen aber ebenso grundsätzlich von Pflege und Erziehung auszuschließen wie den Staat, würde dem Interesse des Kindes zuwiderlaufen, wie oben bereits gesehen wurde.[12)] Es verbleibt jedoch die Möglichkeit, ein im konkreten Einzelfall für das Kind nachteiliges Verhalten eines Dritten für rechtswidrig zu erklären. Wird diese Einschränkung gemacht, so wird gleichzeitig das Freiheitsinteresse des Dritten berücksichtigt, das ebenfalls grundrechtlich geschützt ist (Art.2 I GG). Im übrigen aber hat das Freiheitsrecht der anderen Menschen zurückzutreten hinter dem Interesse des Kindes an Schutz vor negativen Einflüssen, und hier liegt ein wesentlicher Unterschied zur Situation bei den Erwachsenen. Dort stehen sich zur freien Entfaltung der Persönlichkeit fähige Menschen - insoweit gleichwertige Partner - gegenüber, die grundsätzlich selbst in der Lage sind, negative Einwirkungen der Umwelt zu erkennen, sie abzuwehren oder auch, wenn dies nicht

---

12) Vgl. § 4, 3.Kap., IV. C 1.

möglich ist, nachteilige Folgen auszugleichen. Deshalb wäre es nicht berechtigt, generell dem Interesse am Schutz vor nachteiligen Einwirkungen den Vorrang zu geben vor dem Recht des anderen auf freie Entfaltung. Vielmehr hat hier eine Interessenabwägung stattzufinden. Dort, wo der Erwachsene seine Belange selbst wahrnehmen kann, ist das Kind dagegen auf den Schutz durch andere angewiesen. Diesen Schutz können die Eltern, die dem Kind zur Wahrung seiner Interessen zugewiesen sind, nicht geben. Die Eltern haben nur die Möglichkeit, nachträglich zu versuchen, die Auswirkungen auf das Kind auszugleichen. Dies ist mit der Situation eines Erwachsenen nicht vergleichbar, der sofort Abwehrmechanismen aufbauen kann, während bei einem Kind die Eindrücke sich erst einmal verfestigen können, ohne auf Widerstand zu stoßen, Eindrücke, die zudem stärker wirken als bei einem Erwachsenen, der im wesentlichen in seiner Persönlichkeit ausgeformt ist. Das Interesse des Kindes am Schutz vor nachteiligen Einwirkungen Dritter kann voll nur befriedigt werden, wenn sich die Rechtsordnung unmittelbar gegen ein entsprechendes Verhalten richtet. Die Effektivitätsmaxime[13)] fordert daher eine entsprechende Konkretisierung des in Art.1 I GG enthaltenen Prinzips.

B. Die Feststellung einer Lücke

Damit ist der privatrechtlich relevante Inhalt des im GG verankerten Prinzips gefunden: Dem Kind ist ein unmittelbarer rechtlicher Schutz davor zu gewähren, daß seine psychische Gesamtentwicklung im konkreten Einzelfall nicht durch andere Menschen gestört wird. Eine entsprechende ausdrückliche Zivilrechtsnorm ist nicht ersichtlich. Auch durch Aus-

13) Vgl. dazu o. § 3, 3.Kap., II. bei FN 53 und § 4, 1.Kap. I A bei FN 8.

legung kann keine Abhilfe geschaffen werden: Das gilt insbesondere für den Begriff der "sonstigen Rechte" in § 823 I BGB. Wie oben festgestellt wurde[14], verweist diese Generalklausel auf Normbereiche außerhalb des Deliktsrechts, von denen sie dann ausgefüllt wird. Anders als bei der elterlichen Gewalt, deren Anerkennung als sonstiges Recht an sich im Wege der Auslegung hätte möglich sein können, fehlt es bei dem Interesse des Kindes an einem Schutz vor Schädigung durch andere Personen als durch die Eltern völlig an einer zivilrechtlichen Normierung. Ähnlich wie bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht[15] kann auch hier eine entsprechende Rechtsnorm nur im Wege der Lückenausfüllung geschaffen werden.

Nach dem oben für richtig Erkannten[16] liegt eine Lücke vor: Ein in der Verfassung verankertes Prinzip hat damit im Zivilrecht keine hinreichende Konkretisierung erfahren. Für die Ausfüllbarkeit der Lücke gilt dasselbe, was oben[17] zum Schutz der elterlichen Gewalt ausgeführt wurde: Auch bei dem Schutz der Kindesinteressen ist das System des privatrechtlichen Rechtsgüterschutzes ein hinreichender Maßstab für die Ausfüllung der Lücke.

C. Die Ausfüllung der Lücke

Eine systemgerechte Ausfüllung der Lücke könnte in der Anerkennung eines Rechtes des Kindes auf ungestörte psychische Entwicklung als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB liegen.

---

14) Vgl. § 4, 3.Kap., I. B 3. bei FN 154.
15) Vgl. dazu Canaris, Lückenfeststellung, § 115.
16) Vgl. § 4, 5.Kap., I.
17) Vgl. § 4, 5.Kap., II. A.

1. Die Ergänzung des § 823 I BGB als solche

Im Rahmen des § 823 I BGB können zwei Fallgruppen unterschieden werden: Einmal wird eine Schadensersatzpflicht für die Verletzung solcher Rechte vorgesehen, die bereits außerhalb des Deliktsrechts eine Regelung erfahren haben. In dieser wird ihr Inhalt und auch ihre Außenwirkung, somit auch bereits die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs festgelegt (die klassischen absoluten Rechte). Daneben gibt es die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit, die jedem Menschen bereits von Natur aus zukommen, weshalb sie ihm auch nicht durch eine spezielle Normierung außerhalb des Deliktsrechts erst zugeordnet werden müßten. Nur, daß sie für jedermann im Rechtssinne beachtlich sind, wird erst durch § 823 I BGB festgelegt.

Im Rahmen dieser zweiten Gruppe ist auch das Interesse des Kindes an ungestörter Entwicklung auf psychischem Gebiet schützbar. Die Entwicklung hin zum Erwachsenen kommt bereits von Natur aus jedenfalls im Normalfall einem Kind zu. Einer positivrechtlichen Zuordnung bedarf es nicht. Weiter ist dem hier zu schützenden Interesse des Kindes und dem Interesse daran, daß die in § 823 I genannten Rechtsgüter unverletzt bleiben, gemeinsam, daß es an einem Rechtsobjekt außerhalb des Rechtsträgers selbst fehlt. Deshalb kann man beidesmal von Persönlichkeitsrechten oder -gütern sprechen.[18] Das Recht des Kindes auf ungestörte psychische Entwicklung ist daher im Rahmen des § 823 I schützbar.

Dies kann auf zwei Wegen erreicht werden: entweder man ergänzt den Wortlaut des § 823 I dahin, daß zu den genannten vier Rechtsgütern als weiteres die psychische Entwicklung

---

18) Ob das Persönlichkeitsrecht ein subj. Recht ist, vgl. Hubmann, S.113 ff. mit Nachw. (insbes. bei und mit FN 29) und S.128 ff.

des Kindes tritt,oder man anerkennt ein Recht des Kindes als sonstiges Recht. Letztlich ist dies eine mehr terminologische Frage. Wenn § 823 I selbst bereits eine Generalklausel enthält, eben die "sonstigen Rechte", dann erscheint es richtiger, die Rechtsfortbildung über sie vorzunehmen, auch wenn ihre Auslegung an sich dahin gehen mag, sie als Generalklausel für die oben als erste genannte Gruppe zu fassen.

Aus dem Sinn und Zweck der Reglung würden sich aber folgende Grenzen des Rechts ergeben: Sobald das Kind für den konkreten Fall genügend Selbstbestimmungsfähigkeit besitzt, was auch bedeutet, daß es sich wie ein Erwachsener gegen Einflüsse von außen zur Wehr setzen kann, ist sein Interesse an ungestörter psychischer Entwicklung nicht mehr als schützbar anzusehen. Denn das Recht des Kindes wurde gerade aus der Notwendigkeit abgeleitet, einem Unmündigen bevormundende Fürsorge zukommen zu lassen. Diese Grenze würde allerdings selten praktische Bedeutung erlangen: Dort, wo die negative Beeinflussung des Kindes mit dessen Zustimmung erfolgt, was den Großteil der Fälle ausmacht (vor allem Beeinflussung durch Umgang mit dem Kind), wird gerade die Tatsache der gegebenen Selbstschädigung als Indiz für die mangelnde Reife des Kindes zu werten sein.[19)]

Hier zeigt sich auch, daß das Problem der Einwilligung des Kindes in die Verletzung eines Persönlichkeitsgutes[20)] im gegebenen Zusammenhang keine Bedeutung hat: Bereits vom Tatbestand her wird das Kind nur dort geschützt, wo es nicht genügend Selbstbestimmungsfähigkeit besitzt, um einem Erwachsenen gleichgestellt zu werden. Fehlt eine entsprechende

---

19) Vgl. § 5, 1.Kap., II. A 4. FN 33.

20) Dieses Problem spielt praktisch bei der Einwilligung in ärztliche Heileingriffe eine Rolle (vgl. dazu z.B. Flume, S.218 ff.).

Reife, so wäre eine Einwilligung in eine Rechtsverletzung auch dann unbeachtlich, wenn man für diese nicht auf die Regeln der Geschäftsfähigkeit abstellt, sondern eben die Einsichtsfähigkeit genügen läßt. Denn mit der Einsichtsfähigkeit ist nicht nur, wie der Wortlaut an sich nahelegen könnte, die Fähigkeit dazu gemeint, eigene Wertmaßstäbe zu entwickeln und deren Relevanz im Einzelfall zu erkennen, sondern auch, gemäß der gewonnenen Einsicht zu handeln.[21] Fehlt letzteres, so ist die Entscheidung des Kindes eben nicht Ausfluß der Selbstbestimmung und kann daher nicht als beachtliche Einwilligung gewertet werden. Wenn aber das Kind genügend Selbstbestimmungsfähigkeit hat, wo also eine Einwilligung beachtlich sein könnte, dort ist das Kind bereits tatbestandsmäßig gar nicht mehr geschützt.

2. Das Interesse Dritter an Offenkundigkeit

Bevor das Recht des Kindes auf ungestörte psychische Entwicklung endgültig als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB anerkannt wird, ist aber noch zu prüfen, ob diesem Recht auch genügend Offenkundigkeit zukommt.[22] Ein Dritter kennt meist das Kind nicht so gut wie die Eltern und kann daher die psychische Lage des Kindes nur oberflächlich beurteilen. Dafür sind aber auch die Auswirkungen seines Verhaltens auf das Kind weniger intensiv. Soll eine Einzelmaßnahme negative Folgen für das Kind haben, so muß sie regelmäßig in erheblichem Maße von dem normalen, alltäglichen Verhalten gegenüber Kindern abweichen, und dann ist aber regelmäßig auch die Möglichkeit eines Schadens für das Kind erkennbar. Auf die spezifische Eigenart des Kindes kommt es dann im all-

---

21) Zu den Einzelaspekten der Selbstbestimmungsfähigkeit vgl. § 5, 1.Kap., II. B 1.

22) Vgl. § 4, 3.Kap. V.

gemeinen nicht an. Im übrigen ist eine Beeinflussung der psychischen Entwicklung des Kindes meist nur durch längere Einwirkung möglich und dann kann der Dritte regelmäßig auch näheren Einblick gewinnen in die konkrete psychische Situation des Kindes und die Folgen seines Verhaltens abschätzen.

Nun sind allerdings auch Fälle denkbar, bei denen derjenige, der durch sein Verhalten auf die psychische Entwicklung des Kindes einwirkt, mit diesem überhaupt keinen Kontakt hat und daher auch die Auswirkungen seines Verhaltens nicht erkennen kann. Daß diese Fälle aber regelmäßig nicht entgegenstehen, ergibt sich daraus, daß auch bei dem hier behandelten Recht oder Rechtsgut des Kindes zu unterscheiden ist zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen, wie dies eine neuere Lehre bei allen nach § 823 I BGB geschützten Positionen tut.[23] Zu dieser Ansicht hat die Erkenntnis geführt, daß die ursprüngliche Auffassung, jeder nur irgendwie adäquat verursachte Eingriff sei ohne weiteres rechtswidrig, zu weit ist.[24] Die Herstellung von Autos führt z.B. in durchaus adäquater Weise zu Verletzungen von Gesundheit, Eigentum u.a. Die Herstellung eines Autos, mit dem später ein Unfall verursacht wird, bereits ohne weiteres als rechtswidrig anzusehen, erscheint wenig sinnvoll. Dieses Ergebnis vermeidet die Ansicht, nach welcher die Tatbestandsverletzung nur dann die Rechtswidrigkeit indiziert, wenn die fragliche Handlung unmittelbar in ein geschütztes Rechtsgut eines anderen eingreift. Mittelbare Eingriffe sind dagegen nur dann rechtswidrig, wenn sie objektiv[25] gegen bestimmte Verhaltensnormen verstoßen.Dieser Ansicht ist daher zu folgen.

---

23) Vgl. Nachw. bei Bydlinski, S.42.

24) Vgl. v. Caemmerer, Wandlungen, S.485.

25) Vgl. dazu Larenz, Festschr.f.Dölle, S.189 f.

Schwierigkeiten ergeben sich nun aber bei der Abgrenzung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen. Der Auffassung v. Caemmerers[26], nach der unmittelbare Eingriffe nur die sind, die vorsätzlich begangen wurden oder durch die in die Zuständigkeiten des Berechtigten eingegriffen wird, kann nicht gefolgt werden. Einmal ist bei den Rechtsgütern die Verletzung einer Zuständigkeit überhaupt nicht möglich.[27] Zum anderen wird die Tatsache nicht beachtet, daß die Handlung eines Menschen in der hier allein interessierenden äußeren Gestalt von dem Gewollten abweichen und dennoch dem Handelnden zugerechnet werden kann.[28] Richtiger erscheint es, darauf abzustellen, ob der Eingiff noch als Teil des äußeren Handlungsablaufes selbst angesehen werden kann (unmittelbarer Eingriff) oder ob der Erfolg erst durch weitere, vom Handelnden nicht beherrschte Zwischenursachen eingetreten ist (mittelbare Eingriffe).[29]

Der Grundsatz der Offenkundigkeit erfordert damit nur, daß die unmittelbaren Folgen des Verhaltens gegenüber dem Kind, an die allein das Rechtswidrigkeitsurteil ohne weiteres anknüpft, dem Dritten im Regelfall erkennbar sind. Das ist aber nach dem oben Dargelegten der Fall.

Somit sind die Interessen des Unmündigen im Normalfall dem Durchschnittsrechtsgenossen erkennbar, soweit sie für ihn bedeutsam sind. Gleiches gilt jedoch nicht für die oben genannte Grenze des Kindesrechts, nach der das Interesse des

---

26) aaO., S.484 f.

27) Vgl. dazu Larenz, Festschrift f.Dölle, S.185.

28) Vgl. dazu vor allem Larenz aaO., S.183 ff.

29) Vgl. Stoll, AcP 162/226; Larenz II, S.428 und auch die Beispiele bei Larenz, Festschr. für Dölle, S.183 ff. Ob hier im einzelnen Abweichungen bestehen, kann hier dahinstehen (vgl. dazu Bydlinski, S.43).

Kindes an ungestörter psychischer Entwicklung dort nicht geschützt wird, wo das Kind im konkreten Fall genügend Selbstbestimmungsfähigkeit besitzt. Um diese Grenze des Rechts erkennen zu können, müßte der Dritte das Kind verhältnismäßig gut kennen, da er sonst dessen psychische Lage nicht hinreichend beurteilen kann. Diese Kenntnis ist dem Dritten nicht regelmäßig gegeben. Eine vergleichbare Situation ist bereits oben aufgetreten[30], wo die dem Dritten oft nicht erkennbare Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes als Grenze des Ausschließungsrechtes der Eltern angesehen wurde. Dieselben Gründe, die dort dazu führten, das Interesse des Dritten an Offenkundigkeit der Rechtslage ausnahmsweise als nicht schutzwürdig anzusehen, gelten auch hier. Auf sie wird hier verwiesen.

3. Ergebnis

Nachdem keine Gründe ersichtlich sind, welche gegen die Anerkennung eines "Rechts" des Kindes auf ungestörte psychische Entwicklung als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB sprechen, ist eine dahingehende Erweiterung des § 823 I als die systemgerechte Ausfüllung der oben gefundenen Lücke anzusehen. Wirkt jemand, auf welche Weise immer, unmittelbar auf das Kind derart ein, daß seine Entwicklung auf psychischem Gebiet objektiv verifizierbar gestört, also ein objektives Interesse des Kindes verletzt wird, so handelt er rechtswidrig. Die Eltern, die das Kind vertreten (§ 1626 II BGB), können auf Unterlassen klagen, wenn weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind. Diese Möglichkeit tritt neben die Befugnis der Eltern, aus eigenem Recht auf Unterlassen zu klagen: meist wird in der Störung der psychischen Ent-

30) Vgl. § 5, 1.Kap., II. A 3.

wicklung des Kindes auch eine Verletzung des Elterninteresses daran liegen, daß ihre Vorstellungen, nicht die anderer, realisiert werden. Das hat zur Folge, daß eine Unterlassungsklage, die auf die Verletzung des Kindesrechtes gestützt wird, regelmäßig auch aus dem Recht der Eltern begründet sein wird, da meist auch die erforderliche Ausschließungserklärung der Eltern vorliegen wird. Dies ist bedeutsam, wenn eine Verletzung objektiver Interessen des Kindes nicht nachgewiesen werden kann.

Zudem können die Eltern Schadensersatz namens des Kindes verlangen, wenn ein materieller Schaden entstanden ist. Das ist etwa der Fall, wenn zur Beseitigung eines psychischen Schadens Unkosten entstehen. Hier wird jedoch häufig ein Mitverschulden der Eltern vorliegen, das sich das Kind möglicherweise über §§ 254 II 2; 278 BGB anrechnen lassen muß.[31] Dagegen besteht keine Möglichkeit, immateriellen Schaden ersetzt zu verlangen, etwa in Analogie zu § 847 BGB, wie dies die Rspr. beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht macht. Die Wertungen der §§ 253, 847 BGB abzuändern, verlangt das oben aus Art. 1, 2 und 6 GG abgeleitete Prinzip nicht.[32] Daß die einzelnen Voraussetzungen für die Unterlassungsklage oder für den Schadensersatzanspruch vorliegen,

---

31) Die hier bestehende Streitfrage, ob §§ 254 II 2 / 278 auch dann zur Anwendung kommen, wenn noch kein Schuldverhältnis besteht, ist allgemein und bedarf hier keiner Lösung. Vgl. dazu die Nachw. bei Palandt-Heinrichs, § 254/4 und Larenz I, S.373 ff.

32) Zur Kritik bei dem entsprechenden Vorgehen der Rspr. vgl. die Ausführungen bei Göldner. Göldner benutzt die Gewährung des Schmerzensgeldes durch die Rspr. als Modellproblem, an dem er seine eingehenden Ausführungen zur Konkretisierung von Verfassungsprinzipien jeweils praktisch erläutert (Göldner, S.18). Göldner stellt fest, daß gemessen an Art.1 GG die Gewährung von Schmerzensgeld sowohl bejaht als auch verneint werden kann (S.124 ff.). Da somit ein Konkretisierungsspielraum besteht, ist der Richter an die Wertungen des Gesetzgebers gebunden, der die Schmerzensgeldgewährung ablehnt (§§ 253, 847 BGB)(vgl. etwa Göldner, S.226 ff., sowie allg. o. § 3, 3.Kap., I.).

hat das Kind zu beweisen. Für die Behauptung, das Kind sei im konkreten Fall so weit entwickelt, daß es einem Erwachsenen gleichzustellen ist, ist dagegen der Dritte beweispflichtig, denn aus § 1626 BGB läßt sich die Vermutung entnehmen, daß ein nicht 21-Jähriger im Zweifel nicht einem Erwachsenen gleich zu behandeln ist.

§ 7 Zusammenfassung

I. Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung, welche den Eltern ein Recht gewährt, Dritte vom Umgang mit dem Kind auszuschließen. Auch ein entsprechendes Gewohnheitsrecht besteht nicht (§ 2): Während die früher h.M. jeden Umgang eines Dritten mit dem Kind als rechtswidrig ansah, wenn er bewußt gegen den Willen der Eltern erfolgte, ist seit 1956 in Lit. und Rspr. bestr., ob dann, wenn das Kind sich der Mündigkeitsgrenze nähert, ein elterlicher Wille nur beachtlich ist, wenn er begründet ist. Dieser Streit jedenfalls steht dem Bestand eines Gewohnheitsrechts entgegen: Entweder ist durch Wegfall der Unangefochtenheit ein 1956 bestehendes Gewohnheitsrecht entfallen oder der Streit hinderte überhaupt die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes. Auch das, was im Ergebnis unbestr. ist, kann nicht als Gewohnheitsrecht angesehen werden, da die verschiedenen Ansichten verschiedene Wertungen ausdrücken, sich eine gemeinsame Basis nicht finden läßt.

II. Die Forderung nach einem Schutz der Eltern auch im Privatrechtsbereich vor störenden Eingriffen Dritter kann sich aus Art.6 GG ergeben (§ 3): Auf den Streit um die Drittwirkung der Grundrechte kommt es nicht an, da Einigkeit besteht, daß eine wirklich absolute Drittwirkung nicht in Frage kommt. Die in den Grundrechten enthaltenen Prinzipien sind jedoch als Rechtsquellen anzusehen, die unmittelbar auch für den Richter gelten. Die Bindung des Richters an das Gesetz führt aber dazu, daß dem Gesetzgeber für die notwendige Konkretisierung ein Vorrang zusteht. Wenn dieser jedoch die vom Richter selbst zu bestimmenden Grenzen des Konkretisierungsspielraumes überschreitet oder überhaupt eine Konkretisierung fehlt, so ist der Richter berufen, sie vorzunehmen. Er hat dabei aber das System des einfachen

Rechtes zu beachten und wird seiner Aufgabe der Regelbildung nur nachkommen können, wenn er andere Konkretisierungsmodelle sowie das allgemeine Rechtsbewußtsein, die Natur der Sache, die Effektivitätsmaxime u.a. berücksichtigt.

III. Art.6 I und II GG enthalten für das gesamte Familienrecht verbindliche Grundentscheidungen. Art.6 II schützt dabei nicht nur Interessen des Kindes, auch wenn im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern deren Interessen den Vorrang haben: Ist das Wohl des Kindes alleiniger Maßstab elterlichen Handelns, so läßt sich doch in vielen Fällen nicht allgemeinverbindlich klären, was dem Interesse des Kindes entspricht (vgl. etwa den weltanschaulichen Bereich). Hier sind die Eltern berufen, ihre Vorstellungen vom Kindeswohl zur Geltung zu bringen. Art.6 II schützt das Interesse der Eltern daran, daß ihre Vorstellungen, nicht die Vorstellungen des Staates im Einzelfall zum Zug kommen (§ 4, 1.Kap.,I.). Infolge der Vergleichbarkeit der tatsächlichen Gegebenheiten im staatsgerichteten wie im privaten Bereich, sowie gestützt auf die Effektivitätsmaxime und die allgemeine Rechtsüberzeugung ist aus Art.6 I und II GG die prinzipielle Forderung nach einem Schutz der Elterninteressen auch im privatrechtlichen Bereich zu folgern. Doch werden die Eltern nur vor unerwünschtem Umgang Dritter mit dem Kind geschützt. Das Interesse der Eltern daran geht dann aber generell den Freiheitsinteressen des Dritten vor (§ 4, 1.Kap., II.-IV.).

IV. Sucht man nach der Privatrechtsnorm, die den Schutz der Elterninteressen realisiert, so bietet sich das Institut der vorbeugenden Unterlassungsklage an: Es geht, wie die Praxis gezeigt hat, regelmäßig um den präventiven Schutz der Eltern im außervertraglichen Bereich. Nach der h.M. wird

eine Unterlassungsklage in allen Fällen gewährt, in denen ein Verhalten auch im Rahmen des im Gesetz näher umschriebenen Deliktsrechtsbereich als rechtswidrig angesehen wird. Es ist daher auf diesen Bereich zurückzugreifen, zumal bei der Unterlassungsklage allgemein auf die hier entwickelte Dogmatik verwiesen wird. Im Mittelpunkt des Interesses steht § 823 BGB. Es ist zu fragen, ob die elterliche Gewalt als eine Position angesehen werden kann, die über § 823 geschützt werden kann (§ 4, 2.Kap.).

V. Es stellt sich die Frage, ob die elterliche Gewalt, wie es die h.M. annimmt, als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I angesehen werden kann. Als sonstige Rechte sind nur subjektive Rechte anerkannt. Darunter ist die Zuordnung eines Gutes an einen Berechtigten zum Schutz seiner Interessen zu verstehen. Die elterliche Gewalt enthält eine Zuordnung eines Gutes an die Eltern, indem es diese berechtigt, für ihre Kinder zu sorgen. In dem hier bedeutsamen Bereich erfolgt diese Zuordnung in einem selbständig beachtlichen Interesse der Eltern. Insofern ist jedenfalls die elterliche Gewalt mit den subjektiven Rechten gleich zu behandeln (§ 4, 3.Kap.,I.). Ob ein bestimmtes subjektives Recht nun tatsächlich ein sonstiges Recht des § 823 I ist, ist aus der Summe der das subjektive Recht betreffenden Normen, nicht aus § 823 I selbst zu entnehmen (§ 4, 3.Kap.,II.). Der Anerkennung als sonstiges Recht steht es nicht entgegen, daß die elterliche Gewalt eine relative Wirkung entfaltet, denn auch relative Rechte können grundsätzlich sonstige Rechte i.S.d. § 823 I sein (§ 4, 3.Kap.,III.). Das Prinzip des Art.6 I und II GG scheint sich in der Anerkennung der elterlichen Gewalt als eines sonstigen Rechtes konkretisieren zu können.

VI. Für die Art und Weise der Absolutheit eines subjektiven Rechtes lassen sich verschiedene Typen unterscheiden: Es gibt die Drittwirkung eines Rechtes in Gestalt der Absolutheit der Zuständigkeit, aber auch derart, daß die Veränderung der tatsächlichen Lage des körperlichen Rechtsobjektes als Rechtsverletzung angesehen wird. Im Rahmen ihres Rechtes besitzen die Eltern eine Reihe von Einzelzuständigkeiten, darunter vor allem die, das Kind zu erziehen. Darunter ist jede Einwirkung auf das Kind zu verstehen, die der Entfaltung dessen Persönlichkeit dient. Eine Absolutheit der Zuständigkeit der Eltern zur Erziehung ihrer Kinder würde aber dessen Interessen widersprechen: Mangels geeigneter Abgrenzungskriterien zwischen der Einwirkung auf das Kind durch Eltern und durch Dritte müßte Dritten jede Einwirkung verboten werden. Dagegen ist im verbleibenden, praktisch allerdings weniger interessierenden Bereich eine Absolutheit der elterlichen Zuständigkeiten möglich. Für den gesamten Bereich der elterlichen Gewalt kann dagegen angenommen werden, daß die störende Veränderung der tatsächlichen Lage des Kindes i.w.S., hervorgerufen durch einen Umgang Dritter mit dem Kind, eine Verletzung des Elternrechts ist (§ 4, 3.Kap.,IV.).

VII. Als sonstiges Recht kann aber ein subjektives Recht nur anerkannt werden, wenn es sozialtypisch offenkundig ist. Das ist der Fall, wenn es mit solchen äußeren Gegebenheiten verbunden ist, daß ein Durchschnittsrechtsgenosse im Normalfall erkennen kann, daß ein bestimmtes Verhalten als rechtswidrig angesehen wird. Die Notwendigkeit der Offenkundigkeit folgt aus der Erkenntnis, daß frei sich nur entfalten kann (vgl. Art.2 I GG), wer die Folgen seines Verhaltens einsehen kann. Eine größere Transparenz der Rechtslage für den einzelnen, als sie in der genannten Offenkundigkeit gegeben ist, wird jedenfalls im Bereich des Rechtsgüter-

schutzes nicht gefordert, da sonst eine zu große Einschränkung eben dieses Rechtsgüterschutzes eintreten würde. Eine solche sozialtypische Offenkundigkeit fehlt aber für die elterliche Gewalt in dem praktisch vor allem interessierenden Bereich, in dem Dritten ein den Vorstellungen der Eltern zuwiderlaufender Umgang mit dem Kind untersagt wird: Die Vorstellungen der Eltern sind auch im Normalfall einem Durchschnittsrechtsgenossen, der mit dem Kind Umgang pflegt, nicht regelmäßig bekannt (§ 4, 3.Kap.,V.).

VIII. Die Notwendigkeit einer Offenkundigkeit entfällt aber, wenn man der neueren Rechtswidrigkeitslehre folgt: Handelt rechtswidrig nur, wer vorsätzlich oder unter Mißachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt tätig wird, so hat sein Verhalten Rechtswirkungen nur, wenn ein Durchschnittsrechtsgenosse an seiner Stelle die Rechtsverletzung hätte erkennen können. Damit ist es nicht erforderlich, bereits den Tatbestand eines Rechtsbereiches so zu umschreiben, daß im Regelfall ein Durchschnittsrechtsgenosse den Umfang und die Grenzen des Rechtes erkennen kann (§ 4, 3.Kap.,VI.). Die neuere Rechtswidrigkeitslehre erscheint folgerichtig, wenn man der Imperativentheorie folgt und die Rechtswidrigkeit als Verbotswidrigkeit begreift. Die Imperativentheorie ist jedoch abzulehnen, das Recht enthält auch bloße Bewertungen. Nur so ist es möglich, die Handlung nicht nur von der Warte des Handelnden selbst aus, sondern auch von ihrer tatsächlichen Wirkung auf den Betroffenen her zu beurteilen. Das entspricht den Bestrebungen des Zivilrechts besser, einen Ausgleich der Interessen gleichberechtigter Bürger zu treffen. Aus der Imperativentheorie läßt sich also die neuere Rechtswidrigkeitslehre nicht ableiten. Sie findet auch sonst keinen Anhaltspunkt im Zivilrecht: Es gibt keinen beachtlichen Fall, in dem das Rechtswidrigkeitsurteil an subjektive Momente des Handelnden anknüpft

(§ 4, 3.Kap.,VII.). Ist der neueren Rechtswidrigkeitslehre nicht zu folgen, so bleibt die oben festgestellte Notwendigkeit einer Offenkundigkeit bestehen. Da die elterliche Gewalt dieser im oben genannten Bereich nicht genügt, kann sie, soweit es um die Erziehung des Kindes geht, entgegen der h.M. nicht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB anerkannt werden. Die elterliche Gewalt ist in diesem Bereich auch nicht über § 823 II schützbar (§ 4, 4.Kap.).

IX. Nachdem Art.6 I und II GG den Schutz der Eltern auch im Privatrechtsbereich fordert, die Zivilrechtsordnung im Rahmen ihres Wortsinnes diesen Schutz aber nicht gewährt, liegt eine Lücke vor. Diese ist auszufüllen dadurch, daß den Eltern ein Ausschließungsrecht gegenüber jedem Dritten zuerkannt wird: Rechtswidrig handelt, wer mit dem Kind Umgang pflegt, obwohl er durch die Eltern vom Umgang ausgeschlossen wurde. Das Ausschließungsrecht ist strukturell stark mit den klassischen absoluten Rechten verwandt: Bei diesen ist jeder Dritte ipso iure aus einem ganz bestimmten Bereich ausgeschlossen, doch kann dies durch die Einwilligung des Berechtigten geändert werden. Bei dem Ausschließungsrecht bedarf es einer Erklärung des Berechtigten, um einen konkreten Dritten auszuschließen. Dogmatisch ist das Ausschließungsrecht ein Gestaltungsrecht: Es wird durch einseitige Willenserklärung ohne Mitwirkung des Betroffenen in dessen Rechtssphäre eingegriffen. Es handelt sich dabei um ein "absolutes" Gestaltungsrecht, d.h. ein Recht, das gegenüber jedermann ausgeübt werden kann: Durch seine Ausübung wird das Rechtsverhältnis des Berechtigten zum Ausgeschlossenen in derselben Weise gestaltet, wie es zwischen dem Inhaber eines klassischen absoluten Rechts und jedem Dritten ipso iure besteht. Das Ausschließungsrecht kann jeder Elternteil selbständig wahrnehmen. Da der Bereich, in dem eine Absolutheit der elterlichen Zuständigkeiten möglich ist, gegenüber dem Bereich,

in dem die Eltern nur ein Ausschließungsrecht haben, ohne praktische Bedeutung ist, scheint es die Rechtssicherheit und -klarheit zu fordern, das Elternrecht einheitlich durch eine Ausschließungsbefugnis zu schützen (§ 4, 5.Kap.).

X. Bereits aus der Privatrechtsordnung ergeben sich Grenzen für das Recht der Eltern: Die Eltern selbst haben die konkrete Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes im Einzelfall immer zu beachten. Dem steht das Interesse der Eltern an Rechtssicherheit nicht entgegen. Auf dieses Selbstbestimmungsrecht des Kindes kann sich im Einzelfall auch ein Dritter berufen (§ 5, 1.Kap., II.A). Über die gesetzlich besonders geregelten Fälle hinaus, in denen die Kinder vor dem 21. Lebensjahr selbständig entscheiden können, läßt sich kein praktisch bedeutsamer Bereich erkennen, in dem sich, etwa in Analogie zu den genannten Fällen, eine Vorverlegung der Mündigkeit des Kindes vornehmen ließe (§ 5, 1.Kap.,II.B). Die Eltern haben dem Kind jedoch ab Vollendung des 18. Lebensjahres generell funktionale Handlungsfreiheit zu gewähren (Handlungsfreiheit, die nicht gewährt wird, weil das Kind mündig ist, sondern um eine genügende Reife entwickeln zu können). Das dafür notwendige Maß an tatsächlicher Reife ist vorhanden: Bereits der 14-Jährige ist generell fähig, abstrakte Wertmaßstäbe zu entwickeln (vgl. § 5 RKEG) und mit dem 18. Lebensjahr sind die Fähigkeiten, die Relevanz eines Maßstabes im Einzelfall zu erkennen und gemäß dem Erkannten zu handeln, jedenfalls in einem solchen Maß entwickelt, daß eine strafrechtliche Verantwortlichkeit in einem gewissen Umfang generell angenommen werden muß (vgl. § 105 JGG) (§ 5, 1.Kap., II.B 4 und 6). Dieses vorhandene Maß an Selbstbestimmungsfähigkeit berechtigt und verpflichtet die Eltern, dem Kind grundsätzlich funktionale Handlungsfreiheit zu gewähren. Wenn aber, aus welchen Gründen immer, nicht die Eltern, sondern das Kind selbst zu entscheiden hat, ist für

die Ausschließung eines Dritten zum Schutz der elterlichen Vorstellungen kein Raum mehr (§ 5, 1.Kap.,III.). Gegenüber dieser bereits im Privatrecht verankerten Einschränkung der elterlichen Befugnisse ergibt die öffentlichrechtliche Argumentation nichts Neues (§ 5, 2.Kap.).

XI. Aus Art.1 I i.V.m. Art.6 I und II GG ist das Prinzip abzuleiten, daß dem Kind ein Schutz seiner psychischen Entwicklung vor schädlichen Einwirkungen Dritter im Privatrechtsbereich zukommen muß. Da dieses Prinzip in der Privatrechtsordnung keine hinreichende Konkretisierung erfahren hat, liegt wieder eine Lücke vor. Diese ist durch Anerkennung eines Rechts des Kindes auf ungestörte psychische Entwicklung als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB auszufüllen. Das Interesse Dritter an Offenkundigkeit steht nicht entgegen. Die Eltern haben das Recht des Kindes im Einzelfall geltend zu machen (§ 6).

L e b e n s l a u f

Am 16. August 1943 wurde ich als Sohn des Chemikers und Apothekers Dr. Heinz Hoffmann und seiner Ehefrau Ruth, geb. Weiß, in München geboren.

Vom Herbst 1949 an besuchte ich vier Jahre lang die Volksschule München-Pasing. Im September 1953 wurde ich in das Humanistische Gymnasium München-Pasing aufgenommen, an dem ich mich im Juni 1962 der Reifeprüfung unterzog.

Vom Sommersemester 1963 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität München. Dort bestand ich am 24. Juli 1967 die erste juristische Staatsprüfung.

Ab Oktober 1967 war ich als Rechtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst in München und Starnberg tätig. Am 22. Februar 1971 legte ich in München die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit Mai 1971 bin ich als Notarassessor tätig.